DIE VERPFLICHTUNG ZUR VORNAHME ODER UNTERLASSUNG VON PARTEIHANDLUNGEN IM ZIVILPROZESS

Götz Eike zur Hausen

1972

DIE VERPFLICHTUNG ZUR VORNAHME ODER UNTERLASSUNG VON PARTEIHANDLUNGEN IM ZIVILPROZESS

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Götz Eike zur Hausen

1972

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23, Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation : 18. Februar 1972

Dekan : Prof. Dr. rer. pol. Rudolf Richter

Erstberichterstatter : Prof. Dr. iur. Dr. h. c. Gerhard Lüke

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. iur. Gerhard Kielwein

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXII
EINLEITUNG	1
HAUPTTEIL	
Erster Abschnitt: Vertragliche Vereinbarungen als Grundlage der Verpflichtung	2
§ 1 Rechtsnatur	2
I. Bedeutung der Rechtsnatur	2
II. Kriterium für die Beurteilung	4
III. Anwendung des gewonnenen Kriteriums	7
1) gewollte Wirkungsidentität zwischen Vereinbarung und Parteihandlung	7
2) gewollte Verfügungswirkung	8
3) gewollte Verpflichtungswirkung	10
IV. Untersuchung verschiedener Verpflichtungsverträge	14
1) betr. Prozeßbeginn	14
2) betr. Prozeßdurchführung	16
3) betr. Prozeßbeendigung	18
4) betr. Schiedsrichterernennung	20
§ 2 Zulässigkeit	23
I. Bedeutung der Zulässigkeit	23
II. allgemeiner Zulässigkeitsbereich	23
III. Zulässigkeit einzelner vertraglicher Verpflichtungen	28
1) betr. Prozeßbeginn	28
2) betr. Prozeßdurchführung	31
3) betr. Prozeßbeendigung	40
4) betr. Schiedsrichterernennung	42

Seite

IV. Zwischenergebnis 42

§ 3 Anwendbare Normen 43

I. Allgemeines 43

II. Einzelfragen 44

1) Abschlußmodalitäten 44
2) Fehlerhaftigkeit 46
3) Beseitigung 48

Zweiter Abschnitt: Gesetzliche Bestimmungen als Grundlage der Verpflichtung 51

§ 4 Bestimmungen der Zivilprozeßordnung 51

I. § 138 ZPO, Wahrheits- u. Vollständigkeitspflicht 51

II. §§ 422, 423 ZPO, Pflicht zur Vorlegung von Urkunden 54

III. §§ 307, 306 ZPO, Verpflichtung zur Beantragung eines Anerkenntnis- bzw. Verzichtsurteils 56

1) Anerkenntnisurteil 56
2) Verzichtsurteil 60

§ 5 Unerlaubte Handlung 61

I. Allgemeines 61

II. Einzelfälle 63

1) § 823 I BGB 63
2) § 823 II BGB i. V. mit § 138 I ZPO 67
3) § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB 68
4) § 823 II BGB i. V. mit § 185 StGB 69
5) § 826 BGB 71

Dritter Abschnitt: Die Durchsetzung der Verpflichtung 74

§ 6 Durchsetzung ohne besondere Klage 74

I. Erhebung einer materiellrechtlichen Einrede 75

1) mit materieller Wirkung 75
2) mit prozessualer Wirkung 76

Seite

II. Erhebung einer prozessualen Einrede 78

1) Geltendmachung der Verpflichtung 78
a) Fälle des Verstoßes gegen Verpflichtungen aus Gesetz oder unerlaubter Handlung 78
b) Fälle des Verstoßes gegen vertragliche Verpflichtungen 80
2) Wirkung 83

§ 7 Erhebung einer besonderen Klage 84

I. Einführung 84

II. Klagbarkeit 84

III. Rechtsweg und Zuständigkeit 87

IV. Klageart und Zulässigkeit im übrigen 91

V. Vollstreckung 95

1) § 887 ZPO 95
2) § 888 ZPO 95
3) § 894 ZPO 95

ZUSAMMENFASSUNG 98

Literaturverzeichnis

Apelt, Willibalt	Der verwaltungsrechtliche Vertrag Leipzig 1920
Arens, Peter	Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968
Arndt, Herbert	Das Anerkenntnis des Beklagten DRiZ 1954, 163
Bachof, Otto	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1966
Barz, Carl Hans	Das Klagezurücknahmeversprechen Beiträge zum Zivilprozeß Heft 15 Mannheim, Berlin, Leipzig 1933
Baumbach, Adolf- Lauterbach, Wolfgang	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen 30. Aufl., Berlin, München 1970
Baumbach, Adolf- Schwab, Karl-Heinz	Schiedsgerichtsbarkeit 2. Aufl., München, Berlin 1960
Baumgärtel, Gottfried	Anmerkung zu OLG Köln MDR 1968, 921 f., MDR 1968, 922
ders.	Die Klage auf Vornahme, Widerruf oder Unterlassung einer Prozeßhandlung in einem bereits anhängigen Prozeß in: Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag S. 41 ff., Wien 1969 zitiert: Baumgärtel, Festschrift für Schima S.
ders.	Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis ZZP 75 (1962), 385 ff.
ders.	Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren ZZP 69 (1956), 89 ff.

Baumgärtel, Gottfried	Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß Berlin, Frankfurt/M. 1957 zitiert: Baumgärtel, Prozeßhandlung S.
ders.	Besprechung von H.J. Hellwig, Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages, Bonn 1968 AcP 169 (1969), 186 ff.
ders.	Besprechung von Walter Zeiss, Die arglistige Prozeßpartei, Berlin 1967 AcP 169 (1969), 181 ff.
Baur, Fritz	Anmerkung zu BGH JZ 1962, 94 JZ 1962, 95
ders.	Besprechung von BGHZ 10, 333 ff. JZ 1954, 633
Benkendorff, Gerhard	Die vertragliche Klag- und Rechtsmittelzurücknahme, ein Beitrag zur Lehre von den Prozeßverträgen Diss. Greifswald 1932
Bernhardt, Wolfgang	Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozeß JZ 1963, 245 ff.
ders.	Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß in: Festgabe für Rosenberg S. 9 ff. München, Berlin 1949 zitiert: Bernhardt, Festgabe für Rosenberg S.
Bettermann, Karl August	Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 16 Detmold, Frankfurt/M., Berlin 1949
Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963 zitiert: A. Blomeyer §
Blomeyer, Karl	Betrachtungen über die Schiedsgerichtsbarkeit in: Festgabe für Rosenberg S. 51 ff. München, Berlin 1949 zitiert: K. Blomeyer, Festgabe für Rosenberg S.

Bötticher, Eduard	Anmerkung zu BGHZ 10, 333 ff. JZ 1954, 243 f.
Bohn, Karlheinz	Vollstreckungsausschließende Verträge Diss. Frankfurt/M. 1955 zitiert: Bohn, Diss. S.
ders.	Die Zulässigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses ZZP 69 (1956), 20 ff.
ders.	Zulässigkeit und Wirksamkeit von Konkursverträgen KTS 1955, 135 ff.
Bruns, Rudolf	Zivilprozeßrecht. Eine systematische Darstellung 2. Aufl., Berlin, Frankfurt/M. 1968
Bülow, Arthur	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. August 1959 Berlin-Lichterfelde, Frankfurt/M. 1959 zitiert: A. Bülow
Bülow, Oskar	Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung AcP 64 (1881), 1 ff.
Bunsen, -	Prozeßrechtsgeschäfte ZZP 35 (1906), 401 ff.
Burhenne, Lothar	Probleme zum Widerrufsanspruch MDR 1956, 515 ff.
Busse, Rudolf	Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz 3. Aufl., Berlin 1964
Comte, Jean	Anmerkung zu RG JW 1930, 1062 JW 1930, 2053 f.
Dickhoff, Volker	Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß Diss. Erlangen 1941
Dittrich, Hans	Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse Diss. Heidelberg 1908

Dölle, Hans	Pflicht zur redlichen Prozeßführung? in: Festschrift für Otto Riese S. 279 ff. Karlsruhe 1964
Ebbecke, -	Verfügungsmacht im Prozesse ZZP 48 (1920), 153 ff.
Ehrenzweig, A.	Besprechung von Kohler, J., Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen, Gruch 31 (1887), 276 ff., 481 ff. GrünhZ 18 (1891), 228 ff.
Enneccerus, Ludwig- Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 1. Halbband 15. Aufl., Tübingen 1959
Eyermann, Erich- Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsordnung 4. Aufl., München, Berlin 1965
Förster, A. - Kann, Richard	Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich 3. Aufl., Berlin 1913/1926
Gaul, Hans Friedhelm	Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses AcP 168 (1968), 27 ff.
Geib, Otto	Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches Bd. XVIII Heft 1
Götz, Volkmar	Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages JuS 1970, 1 ff.
Goldschmidt, James	Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät II Berlin 1925 zitiert: Goldschmidt S.
ders.	Zivilprozeßrecht 2. Aufl., Berlin 1932 zitiert: Goldschmidt §

Gradhandt, Ernst	Die Zuständigkeitsvereinbarung (§ 38 ZPO) Rostocker Abhandlungen - rechtswissenschaftliche Reihe Heft XXII Diss. Rostock 1936
Grünebaum, Julius	Über vertragsmäßigen Verzicht auf die Rechtsmittel des Zivilprozesses Diss. Heidelberg 1905
Habscheid, Walther J.	Der Rechtsmittelverzicht im Zivilprozeß NJW 1965, 2369 ff.
ders.	Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen KTS 1955, 33 ff.
Hegler, August	Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht Tübingen, Leipzig 1903
Hellwig, Hans-Jürgen	Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 78 Bonn 1968 zitiert: H. J. Hellwig, Systematik S.
ders.	Schadensersatzpflichten aus prozessualem Verhalten NJW 1968, 1072 ff.
Hellwig, Konrad	Anspruch und Klagrecht Jena 1900 zitiert: Hellwig, Anspruch S.
ders.	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 3 Bände Leipzig 1903-1909 zitiert: Hellwig, Lb. Bd., S.
ders.	Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft Berliner Festgabe für O. v. Gierke Bd. II S. 41 ff. Breslau 1910 zitiert: Hellwig, Festgabe für Gierke S.

Hellwig, Konrad	System des Deutschen Zivilprozeßrechts 2 Bände, Band II vollendet von Oertmann, Paul Leipzig 1912/1919 zitiert: Hellwig, System I bzw. II §
Henckel, Wolfram	Prozeßrecht und materielles Recht Göttingen 1970
Herschel, Wilhelm	Besprechung von Barz, Carl Hans, Das Klagezurücknahmeversprechen Beiträge zum Zivilprozeß Heft 15 Mannheim, Berlin, Leipzig 1933 JW 1933, 2947
Heyn, Karl	Anerkenntnisurteil ohne Antrag? NJW 1957, 1140 ff.
Hillermeier, H.	Klage auf Rücknahme einer verwaltungsgerichtlichen Klage? DVBl 1967, 19 ff.
von Hippel, Fritz	Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß. Beiträge zum natürlichen Aufbau des Prozeßrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts Frankfurt/M. 1939
Hoffmann, Adalbert	Verträge im Prozeßrecht Diss. Marburg 1927
Hopt, Klaus	Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schutz gegen unberechtigte Inanspruchnahme staatlicher Verfahren Münchner Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Bd. 7 München 1968
Jahr, Günther	Die Einrede des bürgerlichen Rechts JuS 1964, 125 ff., 218 ff., 293 ff.

Johannsen, -	Anmerkung zu BGH LM Nr. 1 zu § 307 ZPO
Jürgens, Rolf	Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages Diss. Göttingen 1929
Kemmerzell, W. Gustav	Der Verzicht auf die Rechtsmittel des Zivilprozesses Diss. Köln 1959
Kempf, Ludwig	Zur Problematik des Musterprozesses ZZP 73 (1960), 342 ff.
Kipp, Theodor	Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen Sonderabdruck aus: Festgabe der Kieler Juristischen Fakultät zu Iherings Jubiläum Kiel, Leipzig 1892
Kisch, Wilhelm	Einige Bemerkungen zum Wesen des Schiedsvertrages ZZP 51 (1926), 322 ff.
Knecht, Otto	Beweisverträge im Zivilprozeß Diss. Freiburg 1937
Knöpfel, Gottfried	Der Antrag auf Erlaß des Anerkenntnisurteils ZZP 68 (1955), 450 ff.
Köst, Ewald	Das Klagerücknahmeversprechen SächsThArchRpfl 1935, 145 ff.
Kohler, J.	Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen Gruch 31 (1887), 276 ff., 481 ff.
Kottke, Joachim	System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages Diss. Hamburg 1966
Krausse-Kathlun-Lindenmaier	Das Patentgesetz 5. Aufl., herausgegeben von Ulrich Weiß Köln, Berlin, Bonn, München 1970

Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts München 1967
Lent, Friedrich	Anmerkung zu OLG Frankfurt NJW 1949, 510 ff. NJW 1949, 510 ff.
ders.	Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß ZZP 67 (1954), 344 ff.
Lent, Friedrich - Jauernig, Othmar	Zivilprozeßrecht 15. Aufl., München, Berlin 1970
Lerche, Peter	Die verwaltungsrechtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II S. 59 ff. Karlsruhe 1963
Lindenmaier, -	Anmerkung zu BGH LM Nr. 9 zu § 13 PatG
Linn, -	Beendigung des Vorprozesses ohne Streitentscheidung in der Sache DVBl 1956, 816 ff., 849 ff.
Lüke, Gerhard	Die Beseitigung des Prozeßvergleichs durch Parteivereinbarung - BGHZ 41, 310 JuS 1965, 482 ff.
ders.	Besprechung von Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1960 AcP 162 (1963), 534 ff.
ders.	Die öffentlichrechtliche Theorie der Zwangsvollstreckung und ihre Grenzen Diss. Frankfurt/M. 1952
ders.	Die Prozeßführungsbefugnis ZZP 76 (1963), 1 ff.

Matzke, Otto	Der Einfluß des außergerichtlichen Vergleichs auf den anhängigen Prozeß Diss. Würzburg 1935
Mendelssohn Bartholdy, A.	Anmerkung zu RG JW 1930, 1062 JW 1930, 2052
von Mettenheim, Christoph	Der Grundsatz der Prozeßökonomie im Zivilprozeß Schriften zum Prozeßrecht Bd. 14 Berlin 1970
Nakano, Teiichiro	Das Prozeßrechtsverhältnis ZZP 79 (1966), 99 ff.
Naumann, Richard	Die Abgrenzung des Verwaltungsrechtsweges (I) in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung. Bewährung und Reform Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 45 S. 226 ff. Berlin 1970 zitiert: Naumann, Abgrenzung S.
ders.	Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit Karlsruhe 1953 zitiert: Naumann, Kompetenz S.
Neumann, Hans-Adolf	Der vertragliche Ausschluß der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen und im deutschen internationalen Recht Diss. München 1967
Neuner, Robert	Privatrecht und Prozeßrecht Beiträge zum Zivilprozeß Heft 3 Mannheim, Berlin, Leipzig 1925
Niese, Werner	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre Göttingen 1950
ders.	Prozeßhandlungen und Verträge über Prozeßhandlungen Diss. Jena 1931 zitiert: Niese, Diss. S.

Nikisch, Arthur	Zivilprozeßrecht 2. Aufl., Tübingen 1952
Oertmann, Paul	Der vorgängige Rechtsmittelverzicht ZZP 45 (1915), 389 ff.
Ohr, Günter	Streitiges Urteil trotz Anerkenntnis? Anmerkung zu BGH NJW 1953, 1830 NJW 1955, 251 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch 30. Aufl. bearbeitet von Bernhard Danckelmann, Max Degenhart, Helmut Heinrichs, Theodor Keidel, Wolfgang Lauterbach, Hans Putzo, Heinz Thomas München 1971
Pastor, Wilhelm L.	Der Wettbewerbsprozeß Köln, Berlin, Bonn, München 1968
Pawlowski, Hans-Martin	Aufgabe des Zivilprozesses ZZP 80 (1970), 345 ff.
Pecher, Hans Peter	Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung Schriften zum Prozeßrecht Bd. 8 Berlin 1967
Planck, Julius Wilhelm	Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts 2 Bände Nördlingen, München 1887/1896
Pohle, Rudolf	Sobre la terminación del proceso civil par medio de la transacción Revista de Derecho Privado 38 (Madrid 1954), 1 ff.
ders.	Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis in: Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag S. 195 ff. München, Berlin 1957 zitiert: Pohle, Festschr. für Lent S.

Pollak, Rudolf	Die Gerichtsstände der §§ 47 und 48 der österreichischen Jurisdictionsnorm (Forum prorogatum) GrünhZ 18 (1891), 64 ff.
Rauscher, Bert	Das Schiedsgutachtenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs Diss. Frankfurt/M. 1969
Redeker, Konrad - von Oertzen, Hans-Joachim	Verwaltungsgerichtsordnung 3. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969
Reichel, Hans	Unklagbare Ansprüche IhJb 59 (1911), 409 ff., 60 (1912), 38 ff.
Reichenheim, Claus	Die materiellen Prozeßverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozesse Diss. Würzburg 1912
Rimmelspacher, Bruno	Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 53 Göttingen 1966
Roquette, -	Vollstreckungsverträge ZZP 49 (1925), 160 ff.
Rosenberg, Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl., Berlin, München 1961 zitiert: Rosenberg §
ders.	Stellvertretung im Prozeß Berlin 1908 zitiert: Rosenberg, Stellvertretung S.
Rosenberg, Leo - Schwab, Karl Heinz	Zivilprozeßrecht 10., neubearbeitete Aufl., München 1969
Rupp, Hans-Heinrich	Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages JuS 1961, 59 ff.
Sachse, -	Beweisverträge ZZP 54 (1929), 409 ff.

Schiedermair, Gerhard	Vereinbarungen im Zivilprozeß Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 33 Bonn 1935 zitiert: Schiedermair S.
ders.	Besprechung von Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1960 ZZP 74 (1961), 143
Schlosser, Peter	Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß Tübingen 1968
Schönke, Adolf	Das Rechtsschutzbedürfnis. Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 17 Detmold, Frankfurt/M., Berlin 1950
Schönke, Adolf - Kuchinke, Kurt	Zivilprozeßrecht 9., völlig neubearbeitete Aufl., Karlsruhe 1969
Schönke, Adolf - Schröder, Horst - Niese, Werner	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 8. Aufl., Karlsruhe 1956
Schröder, Jochen	Unredliche Prozeßführung und Schadensersatz JZ 1965, 310 f.
Schug, Christel	Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages Diss. Bonn 1969
Sellert, Wolfgang	Der Verzicht auf Einwendungen beim deklaratorischen Schuldanerkenntnis - ein Prozeßvertrag? NJW 1968, 230 ff.
Skonietzky, Richard - Gelpcke, Max	Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich 2 Bände Berlin 1911 / 1916

Soehring, Kay	Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen Diss. Saarbrücken 1967 Annales Universitatis Saraviensis Heft 32 Köln, Berlin, Bonn, München 1968
Soergel, Hs. Th. - Siebert, W.	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Bd. I 9. Aufl., Stuttgart 1959
Stech, Jürgen	Klagbarkeit und Unklagbarkeit der Ansprüche Diss. Erlangen 1962
ders.	Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht ZZP 77 (1964), 161 ff.
Stein, Friedrich - Jonas, Martin	Kommentar zur Zivilprozeßordnung 19. Aufl., Lieferung 1-11 seit 1953 bearbeitet von Rudolf Pohle seit 1967 fortgeführt von Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Ekkehard Schumann Tübingen 1964-1970 zitiert: Stein-Jonas-Bearbeiter
Stein, Friedrich - Jonas, Martin - Schönke, Adolf - Pohle, Rudolf	Kommentar zur Zivilprozeßordnung 18. Aufl., Tübingen 1953 ff. zitiert: Stein-Jonas, 18. Aufl.
Stephan, Bodo	Das Rechtsschutzbedürfnis. Eine Gesamtdarstellung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsprozesses Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 50 Berlin 1967
Thomas, Heinz - Putzo, Hans	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen 4. Aufl., München, Berlin 1970

Titze, Heinrich	Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß in: Festschrift für Franz Schlegelberger zum 60. Geburtstage, S. 165 ff. Beiträge zum Recht des neuen Deutschland Berlin 1936
Trutter, Josef	Über prozessualische Rechtsgeschäfte München 1890
Ule, Carl Herrmann	Verwaltungsprozeßrecht. Ein Studienbuch 4. Aufl., München, Berlin 1966
Wach, Adolf	Das Geständnis AcP 64 (1881), 201 ff.
Walsmann, Hans	Die Anschlußberufung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Berufung, insbesondere Grundlagen und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Berufung Leipzig 1928
Weitnauer, Herrmann	Anmerkung zu BGH JZ 1962, 486 JZ 1962, 489 ff.
Weitz, Dietrich	Auslegung von Prozeßhandlungen der Parteien Diss. FU Berlin 1967
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze 7 Bände Berlin 1957-1963
Wolff, Hans J.	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht AöR 76 (1950/51), 205 ff.
Zeiss, Walter	Die arglistige Prozeßpartei. Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes arglistigen Verhaltens im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses Schriften zum Prozeßrecht Bd. 9 Berlin 1967
ders.	Schadensersatzpflichten aus prozessualem Verhalten NJW 1967, 703 ff.

Zöller, Richard — Zivilprozeßordnung
10. Aufl., München 1968

Soweit nichts anderes angegeben ist, ist die Literatur nur mit dem Namen des Autors zitiert.

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Jahr, Seite)
a.E.	am Ende
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
Beil.	Beilage
BRAGebO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr, Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr, Seite)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Entsch.	Entscheidungen
Festschr.	Festschrift
Fn.	Fußnote

GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band, Jahr, Seite)
GrünhZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut (Band, Jahr, Seite)
Grundz	Grundzüge
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
IhJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Jahr, Seite)
Lb.	Lehrbuch
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u. a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Jahr, Seite)
PatG	Patentgesetz
RdNr.	Randnummer
RGBl	Reichsgesetzblatt (Jahr, Teil, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band, Seite)
SächsThArchRpfl	Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt (Jahr, Seite)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Jahr, Nummer)
Vorb.	Vorbemerkung
Warn	Rechtsprechung des Reichsgerichts herausgegeben von Warneyer (Jahr, Nummer)
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (Band, Jahr, Seite)

EINLEITUNG

Im weitgehend von der Dispositionsmaxime beherrschten Zivilprozeß scheint auf den ersten Blick jeder Prozeßpartei die freie Entscheidungsmöglichkeit in der Frage zuzustehen, ob sie im Verfahren eine bestimmte Parteihandlung vornehmen will oder nicht. Es ist im allgemeinen allein Sache der Prozeßpartei, darüber zu entscheiden, ob sie beispielsweise ein gerichtliches Verfahren in Gang setzen oder beenden, innerhalb des Prozesses bestimmte Anträge stellen oder von der Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung Gebrauch machen will oder nicht. Es ist aber denkbar, daß auch im Geltungsbereich der Dispositionsmaxime diese freie Entscheidungsmöglichkeit der Parteien eingeschränkt ist, und daß eine Prozeßpartei unter Umständen verpflichtet ist, eine Parteihandlung vorzunehmen oder zu unterlassen.

In der Arbeit soll zunächst untersucht werden, ob und inwieweit derartige Verpflichtungen der Parteien möglich sind. Dabei werden die verschiedenen in Betracht kommenden Verpflichtungsgrundlagen getrennt behandelt. Es sollen Rechtsnatur, Zulässigkeit und rechtliche Behandlung entsprechender Verpflichtungen geklärt werden. Dies wird mit Hilfe einiger charakteristischer Beispielsfälle geschehen, aus denen sich allgemeingültige Ergebnisse ableiten lassen.

Nach dieser Darstellung der Grundlagen sollen die Möglichkeiten geprüft werden, die zur Verfügung stehen, um eine von der verpflichteten Partei nicht freiwillig erfüllte Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung durchzusetzen. Vor allem für die berechtigte Partei ist es von wesentlicher Bedeutung, ob und ggf. auf welche Weise sie den Gegner zu dem geschuldeten Tun oder Unterlassen zwingen kann. Nur wenn sich eine Verpflichtung einer Partei zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung erforderlichenfalls auch gegen den Willen des Verpflichteten durchsetzen läßt, hat sie überhaupt einen praktischen Wert. Die Parteien eines anhängigen oder zukünftigen Prozesses werden kaum eine den Prozeß betreffende vertragliche Vereinbarung treffen, wenn sie nicht schon vorher übersehen können, welche Möglichkeiten sich ergeben, wenn einer der Vertragspartner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Die Prozeßparteien haben ein Interesse daran, daß sich die Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen möglichst schnell und einfach durchsetzen lassen, wenn sie nicht freiwillig erfüllt werden. Die zu entwickelnden Durchsetzungsmöglichkeiten müssen außerdem auch dogmatisch einwandfrei sein.

Die Arbeit beschränkt sich auf den Bereich des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens, weil sich für das Zwangsvollstreckungsverfahren die Probleme infolge der im Vollstreckungsrecht geltenden Besonderheiten anders stellen.

HAUPTTEIL

ERSTER ABSCHNITT:

Vertragliche Vereinbarungen als Grundlage der Verpflichtung

§ 1 Rechtsnatur

I. Bedeutung der Rechtsnatur

Im zivilprozessualen Bereich gibt es eine ganze Reihe von Absprachen der Parteien, die den Prozeß betreffen. Die Zivilprozeßordnung selbst sieht sie an verschiedenen Stellen vor. Die Terminologie ist dabei nicht einheitlich. Meist ist von "Vereinbarungen" die Rede, wie bei der Zuständigkeitsvereinbarung (§§ 38 ff. ZPO), der Vereinbarung über die Art und Höhe der Sicherheitsleistung (§ 108 I 2 ZPO) und der Vereinbarung über die Abkürzung von Fristen (§ 224 I ZPO). Daneben findet sich auch die Bezeichnung "Vertrag", wie beim Schiedsvertrag in § 1025 II ZPO, während in der Legaldefinition des Schiedsvertrags in § 1025 I ZPO wieder von "Vereinbarung" gesprochen wird. In anderen Fällen gebraucht das Gesetz auch den Begriff der "Einigung", so bei den Absprachen über die Benennung eines Sachverständigen (§ 404 IV ZPO), über Ort und Zeit der Versteigerung (§ 816 I, II ZPO) und über den Teilungsplan (§ 876 ZPO). Neben diesen gesetzlich geregelten haben sich in der Praxis zahlreiche weitere, gesetzlich nicht geregelte Parteiabsprachen entwickelt, z.B. über den Verzicht auf Klage, Berufung, Revision, Einspruch oder Beschwerde oder über die Zurücknahme dieser Prozeßhandlungen, über die Beantragung oder Nichtbeantragung von Versäumnisurteilen, die Benutzung bestimmter Beweismittel oder auch die Führung eines Musterprozesses.

All diese verschiedenen denkbaren Fälle sollen unter dem Begriff der Parteivereinbarung zusammengefaßt werden, ohne daß damit zunächst eine nähere rechtliche Beurteilung verbunden ist.

Es müssen zunächst geeignete Kriterien entwickelt werden, mit deren Hilfe über die Einordnung einer Parteivereinbarung in ein bestimmtes Rechtsgebiet

entschieden werden kann. Von dieser Einordnung hängt es ab, welche Regelungen für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Parteivereinbarung maßgebend sind und welche Normen und Grundsätze im übrigen auf sie anwendbar sind. [1] Damit gewinnt die Klärung der Rechtsnatur eine wesentliche praktische Bedeutung.

Für die Einordnung der Vereinbarung zwischen den Parteien eines anhängigen oder künftigen Zivilprozesses lassen sich mehrere Möglichkeiten denken: entweder gehört die Vereinbarung in den Bereich des materiellen Privatrechts oder den des öffentlichen Rechts - wenn ausnahmsweise die Zivilgerichte für öffentlichrechtliche Streitigkeiten zuständig sind -, also in das Rechtsgebiet, dem auch das im Prozeß streitige Rechtsverhältnis angehört, oder sie gehört in den Bereich des Zivilprozeßrechts, also des Rechtsgebiets, das das bei der Durchführung des Rechtsstreits einzuhaltende Verfahren regelt.

Es ist allgemein anerkannt, daß das Zivilprozeßrecht gegenüber dem materiellen Privatrecht ein eigenständiges Rechtsgebiet ist mit eigenen Zielen, Begriffen und Grundsätzen. [2] Daß für beide Rechtsgebiete in einzelnen Fällen die gleichen Wertmaßstäbe gelten können und daß das Verhältnis von Voraussetzungen und Wirkungen gleich geregelt sein kann, ändert an dieser allgemeinen Feststellung nichts. [3] Die verschiedenen Rechtsgebiete als Teile eines größeren Ganzen können nicht beziehungslos nebeneinander stehen, ohne daß sich im Einzelfall Überschneidungen oder Ähnlichkeiten zeigen. Der wesentliche Inhalt beider Bereiche aber ist verschieden. Kurz zusammengefaßt läßt sich sagen, daß das Zivilprozeßrecht die Regelungen für das von den Rechtspflegeorganen und das vor ihnen einzuhaltende Verfahren enthält, während das materielle Privatrecht Rechte und Pflichten der Rechtssubjekte regelt, unabhängig von der Frage, wie diese durch Rechtspflegeorgane festgestellt, verwirklicht oder gesichert werden. [4]

Ob das Zivilprozeßrecht als eigenständiges Rechtsgebiet in den größeren Bereich des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts einzuordnen ist, oder ob die Trennung dieser beiden Bereiche für das Prozeßrecht überhaupt ohne Bedeutung ist, soll hier zunächst dahingestellt bleiben. [5] Schon daraus, daß Zivilprozeßrecht und materielles Privatrecht zwei eigenständige Rechtsgebiete sind, ergibt sich die Bedeutung der Klärung der Rechtsnatur einer Parteivereinbarung. Denn wenn es sich um verschiedene Rechtsgebiete handelt, hat die Einordnung einer Partei-

---

1) Schiedermair S. 22 f., 136 f.

2) Vgl. dazu H. J. Hellwig, Systematik S. 44 f. m. w. N.; Rosenberg-Schwab § 1 V; Henckel S. 24 f.

3) Henckel S. 23, 25.

4) Rosenberg-Schwab § 1 V 1; Henckel S. 19 f. (24 f.)

5) Vgl. dazu unten S. 87 ff.

vereinbarung in das eine oder das andere Rechtsgebiet unterschiedliche Konsequenzen. Die Frage nach den persönlichen Erfordernissen für den Abschluß einer Parteivereinbarung z. B. beantwortet sich verschieden, je nachdem, ob die Vereinbarung in das materielle Privatrecht gehört, oder ob sie zivilprozessuale Rechtsnatur hat. Das Gleiche gilt etwa für eventuelle Formerfordernisse und für die Berücksichtigung von Willensmängeln.

Einigkeit besteht bei der Beurteilung der Parteivereinbarungen darüber, daß es sich um Verträge handelt. [6] Keine Verträge sind die vom Gesetz in verschiedenen Fällen vorgesehenen Einverständniserklärungen der Parteien, [7] bei denen das entscheidende Moment nicht in den einander entsprechenden, auf einen bestimmten Erfolg gerichteten Willenserklärungen der Parteien liegt, sondern in der Tatsache inhaltlich gleicher Erklärungen beider Parteien gegenüber dem Gericht. [8] Mit der Qualifizierung der Vereinbarung als Vertrag ist jedoch über ihre Rechtsnatur, insbesondere über ihre Zuordnung zum materiellen Privatrecht oder zum Zivilprozeßrecht als Verfahrensrecht noch nichts ausgesagt. Denn der Vertrag ist ein Rechtsinstitut, in dem der Grundsatz der Privatautonomie zum Ausdruck kommt, und das sich deshalb in fast allen Rechtsgebieten findet. [9]

Eine ganz andere Frage ist es, wie weit die Privatautonomie im einzelnen Rechtsgebiet reicht, und inwieweit damit dort Verträge zulässig sind. [10]

II. Kriterium für die Beurteilung

Um die Entscheidung über die Rechtsnatur treffen zu können, muß zunächst ein geeignetes Kriterium für die Beurteilung gefunden werden.

---

6) Schiedermair S. 23 f., 29; H. J. Hellwig, Systematik S. 29 m. w. N.

7) Vgl. etwa §§ 128 II; 349 III; 377 IV; 447; 510 c III ZPO.

8) Rosenberg-Schwab § 66 IV 3; Schiedermair S. 27. Schlosser S. 3 ff. (5) wendet sich gegen diese Unterscheidung zwischen Vereinbarungen und prozessualen Einverständniserklärungen. Er faßt beide unter dem Begriff des einverständlichen Parteihandelns zusammen. Gerade aber für den von ihm angesprochenen Fall des nicht fortbestehenden Einverständnisses der Parteien ist es von Bedeutung, ob eine vertragliche Bindung dem Gegner gegenüber besteht oder ob es sich um zwei einseitige Parteihandlungen gegenüber dem Gericht handelt.

9) H. J. Hellwig, Systematik S. 30 m. w. N.

10) Vgl. bezüglich Schuldrecht und Prozeßrecht Schiedermair S. 32.

Man könnte daran denken, eine Parteivereinbarung hinsichtlich ihrer Rechtsnatur danach zu beurteilen, ob sich eine eventuelle gesetzliche Bestimmung über die Vereinbarung in dem einen oder in dem anderen Rechtsgebiet findet. [11] Das Kriterium ist jedoch unbrauchbar, weil einerseits nur die gesetzlich geregelten Parteivereinbarungen erfaßt werden können und andererseits die Aufnahme von gesetzlichen Regelungen in ein bestimmtes Gesetz oft von Zufälligkeiten abhängt. Der Gesetzgeber will durch die Einordnung einer Regelung in ein bestimmtes Gesetz nicht zugleich eine Stellungnahme über die rechtliche Beurteilung abgeben. [12] Die Aufnahme einer Regelung in ein bestimmtes Gesetz kann sich infolge des sachlichen Zusammenhangs empfehlen ohne Rücksicht auf die rechtliche Qualifizierung. So enthält z. B. das BGB in § 407 II eine prozeßrechtliche Vorschrift, während z. B. §§ 717 II, 815 III oder 819 ZPO bürgerlich-rechtlich sind.

Nach einer zweiten Auffassung [13] soll es für die Beurteilung der Rechtsnatur darauf ankommen, ob die Vereinbarung innerhalb oder außerhalb eines anhängigen Verfahrens getroffen wurde. Alle vor Gericht oder im Rahmen eines Prozesses geschlossenen Vereinbarungen sollen prozeßrechtlicher Natur sein. Entscheidend soll die Art des Zustandekommens sein. Zwischen Tatbestand und Wirkung des Aktes wird streng unterschieden. Nur der Tatbestand, der ausschließlich nach den Abschlußmodalitäten beurteilt wird, soll für die Rechtsnatur ausschlaggebend sein. [14] Die gewollten Rechtsfolgen werden vom Tatbestand vollkommen gelöst; der Inhalt der Vereinbarung soll für die Rechtsnatur keine Rolle spielen. Der Tatbestand einer Gerichtsstandsvereinbarung z. B. besteht dann allein in einer Übereinstimmung von zwei Willenserklärungen zukünftiger oder gegenwärtiger Prozeßparteien. Das beweist aber noch nicht etwa eine bürgerlich-rechtliche Natur der Vereinbarung. Der Tatbestand übereinstimmender Willenserklärungen kann sich in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten finden. Außer-

---

11) So offenbar Reichenheim S. 41.

12) Rosenberg § 1 IV 2.

13) Baumbach-Lauterbach § 38 Anm. 2 A gegen die Vorauflage; Bunsen ZZP 35 (1906), 401 ff. (423); Hoffmann S. 41; Neuner S. 106 ff., 112 f.; Oertmann ZZP 45 (1915), 402 ff.; Wieczorek § 38 Anm. C.

14) Oertmann ZZP 45 (1915), 403. Dieser Meinung folgt offenbar auch der BGH in DB 1968, 979 bei der Beurteilung der Rechtsnatur einer Gerichtsstandsvereinbarung. Er lehnt es ab, die Prorogation als Prozeßhandlung anzusehen und zieht daraus den Schluß, daß es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen handeln müsse, dessen Voraussetzungen sich nach bürgerlichem Recht richteten. Vgl. dazu unten S. 12 f.

dem ist anerkannt, daß man auch vor Gericht bürgerlich-rechtliche Verträge schließen kann. [15] Das Kriterium der Abschlußmodalitäten erweist sich als unbrauchbar. [16]

Mit der Begründung, daß der Zivilprozeß im allgemeinen die Folge von Meinungsverschiedenheiten über materielle oder auch prozessuale Rechtsverhältnisse ist, und daß deshalb Parteivereinbarungen ebenfalls meist in Zusammenhang mit diesen Rechtsverhältnissen stehen, hat man versucht, die mehr oder weniger enge Verbindung der Vereinbarung mit dem dem Prozeß zugrunde liegenden Rechtsverhältnis als Kriterium für die Beurteilung der Rechtsnatur heranzuziehen. [17] Praktisch ist jedoch damit eine Grenzziehung kaum möglich. Die Anwendung dieses Kriteriums ist auch sachlich nicht gerechtfertigt [18] und erscheint inkonsequent. Denn wer der Parteivereinbarung rechtliche Selbständigkeit beimißt, muß auch das Kriterium zur Beurteilung der Rechtsnatur der Vereinbarung selbst entnehmen. [19]

Ein solches vertragsimmanentes Kriterium zieht die herrschende Meinung heran, indem sie über die Rechtsnatur die von den Parteien gewollten Hauptwirkungen der Vereinbarung entscheiden läßt. [20] Dieser Meinung ist zu folgen. Daß dieses

---

15) Stein-Jonas-Pohle Vorb. XII 2 vor § 128.

16) Ebenso Rosenberg, Stellvertretung S. 60; Schiedermair S. 33, 37 f.; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 185 Fn. 5; Lüke, Diss. S. 71; H. J. Hellwig, Systematik S. 39; Rauscher S. 112.

17) So anscheinend Rosenberg § 36 I 1.

18) H. J. Hellwig, Systematik S. 39.

19) Ehrenzweig GrünhZ 18 (1891), 244; Neuner, S. 106 und Gradhandt S. 23 hatten bereits erkannt, daß es für die Bestimmung der Rechtsnatur entweder auf die Grundlagen oder auf die Wirkungen, - also die vertragsimmanenten Kriterien -, ankommt.

20) Roquette ZZP 49 (1925), 160 ff. (163); Sachse ZZP 54 (1929), 409 ff. (416); Schiedermair S. 33 ff.; Gradhandt S. 23 f.; Knecht S. 57 ff.; Dickhoff S. 31; Lüke, Diss. S. 70 f.; Nikisch §§ 55, 69 III 2, 119 II 3; Bohn, Diss. S. 13 ff.; ders. ZZP 69 (1956), 21; ders. KTS 1955, 135 ff.; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 184 f.; Kemmerzell S. 84 f.; Habscheid NJW 1965, 2370; Stein-Jonas-Pohle XI 1 b vor § 128; H. J. Hellwig, Systematik S. 40 f. m. w. N.; Rauscher S. 111; Schlosser S. 49; Schug S. 79 ff. In der Rechtsprechung finden sich zur Frage des Kriteriums keinerlei Ausführungen. Die Vereinbarungen werden allgemein als materiellrechtliche Verträge des bürgerlichen Rechts angesehen. Vgl. etwa RGZ 36, 421; 42, 62; 102, 217 ff.; 159, 189; 160, 245; BGHZ 28, 45 ff.

Kriterium entscheidend sein muß, ergibt sich schon daraus, daß sich jede Parteivereinbarung als Vertrag aus einander entsprechenden Willenserklärungen zusammensetzt. Jede Willenserklärung ist auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, sie bringt den Willen der Partei zum Ausdruck, auf eine bestehende Rechtslage in bestimmter Weise einzuwirken. [21] Entscheidend sind die von den Parteien unmittelbar gewollten Hauptwirkungen. Gleichzeitig mittelbar eintretende, nicht gewollte und auch nicht erklärte Wirkungen bleiben außer Betracht. [22] Das von der herrschenden Meinung benutzte Kriterium ist auch praktisch brauchbar, weil sich der in den Erklärungen zum Ausdruck gekommene Wille der Parteien verhältnismäßig einfach feststellen läßt.

III. Anwendung des gewonnenen Kriteriums

Wendet man dieses gewonnene Kriterium auf Parteivereinbarungen an, so ergeben sich verschiedene Möglichkeiten. Die Parteien können mit ihrer Absprache ganz unterschiedliche Wirkungen gewollt haben.

1. gewollte Wirkungsidentität zwischen Vereinbarung und Parteihandlung

Die am weitesten gehende Wirkung, die die Parteien mit ihrer Vereinbarung anstreben können, ist die Ersetzung einer bestimmten Parteihandlung durch die Vereinbarung. Das heißt, die Parteien wollen in einem solchen Fall, daß schon ihre unter Umständen gar nicht vor Gericht getroffene Vereinbarung die Wirkungen entfaltet, die sonst eine Parteihandlung hat. Als Beispiel wäre denkbar, daß durch ein Klagerücknahmeversprechen unmittelbar bereits die in § 271 III ZPO normierten Wirkungen der Klagerücknahme herbeigeführt werden sollen. Man spricht in einem solchen Fall von Wirkungsidentität [23] zwischen Vereinbarung und Parteihandlung. Die gewollte Wirkung ist dann eine prozessuale. Denn es soll eine Parteiprozeßhandlung ersetzt werden, also ein äußeres, auf einem bewußten Willen (Handlungswillen) beruhendes Verhalten einer Partei, dessen charakteristische Wirkung entweder in der Gestaltung des Verfahrens oder in der Schaffung eines Tatbestandes besteht, der sich auf ein bestimmtes Verfahren bezieht und mit der Geltendmachung im Prozeß eine Verfahrensgestaltung herbei-

21) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 137 IV 1.
22) Schiedermair S. 36 f.; H. J. Hellwig, Systematik S. 41; Rauscher S. 112 f.
23) H. J. Hellwig, Systematik S. 84; gegen diesen Begriff Schlosser S. 71.

führt oder verhindert. [24]

Die Prozeßordnung enthält jedoch in verschiedenen Fällen genaue Regeln über die Formerfordernisse, die erfüllt sein müssen, damit eine Parteihandlung rechtswirksam ist. Diese Regelungen dienen dazu, jederzeit ein klares Bild über die Prozeßlage zu ermöglichen. Da diese Vorschriften infolgedessen zwingend sind, sind Parteihandlungen außerhalb des Prozesses nicht zulässig. [25] Eine Parteivereinbarung mit gewollter Wirkungsidentität zwischen Vereinbarung und Parteihandlung hätte also prozessuale Rechtsnatur, ist jedoch unzulässig.

2. gewollte Verfügungswirkung

Der Wille der Parteien wird jedoch in der Regel auf zulässige Wirkungen gerichtet sein, und im allgemeinen wird eine möglichst starke Wirkung, d.h. eine möglichst unmittelbare Beeinflussung im prozessualen Bereich angestrebt werden.

Eine weitgehende Wirkung, die die Parteien gewollt haben können, ist die sog. Verfügungswirkung. [26] Von ihr spricht man, wenn die Parteien mit ihrer Vereinbarung die gegenwärtige oder auch zukünftige prozessuale Lage unmittelbar gestalten wollen. Es soll also eine Partei durch die Vereinbarung eine bestimmte prozessuale Befugnis erhalten oder verlieren, [27] oder es soll z.B. ein bestimmtes Gericht zuständig bzw. unzuständig werden. Bei der Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit zeigt sich die Verfügungswirkung am deutlichsten. Die Vereinbarung kann einmal eine positive Verfügungswirkung haben, indem eine bisher nicht gegebene Zuständigkeit begründet wird, und zum anderen auch eine negative Verfügungswirkung, indem alle anderen bisher evtl. beste-

---

24) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 291; ähnlich Stein-Jonas-Pohle XI 1 c vor § 128; Zöller B II vor § 128; BGH DB 1968, 979.

25) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 189 m.w.N.; H.J. Hellwig, Systematik S. 85, 34 Fn. 49.

26) Diese Bezeichnung verwenden Schiedermair S. 95; Kemmerzell S. 83 f. und H.J. Hellwig, Systematik S. 60. Den Ausdruck "dingliche Wirkung" benutzt Barz S. 1, während Dickhoff S. 64 und RGZ 102, 220 von "dinglicher Verfügung" und Gradhandt S. 65 von "verfügungsähnlicher Wirkung" sprechen. Bei Schlosser S. 48 ff. findet sich die Bezeichnung "unmittelbare Wirkung". Soehring S. 15 f. spricht von "unmittelbarer Begründung prozessualer Rechtsfolgen".

27) Schiedermair S. 97 ff.; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 186; H.J. Hellwig, Systematik S. 61 m.w.N.

henden Zuständigkeiten ausgeschlossen werden. [28] Die Parteien wollen mit der Vereinbarung über die örtliche Zuständigkeit nicht nur eine Verpflichtung des Klägers entstehen lassen, ggf. nur vor dem bezeichneten Gericht zu klagen bzw. umgekehrt eine Verpflichtung des Beklagten, die Einrede der Unzuständigkeit nicht zu erheben. [29] Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 38 ZPO, der deutlich für eine unmittelbare Zuständigkeitsbegründung spricht. [30] Prozessual relevant werden kann die Vereinbarung freilich erst dann, wenn das Gericht von ihr Kenntnis erhält. [31] Kennt das Gericht die Vereinbarung, dann hat es sie zu beachten, unabhängig vom weiteren Verhalten der Parteien.

Auch für verschiedene andere Parteivereinbarungen wird eine Verfügungswirkung angenommen. [32] Dies gilt etwa für Beweismittel- und Beweisergebnisverträge, [33] die Vereinbarung über Art und Höhe der Sicherheitsleistung gem. § 108 I 2 ZPO, [34] die Einigung auf einen bestimmten Sachverständigen nach § 404 IV ZPO [35] oder die Vereinbarung über Zeit und Ort der Versteigerung nach § 816 I, II ZPO. [36] In all diesen Fällen hat die Vereinbarung eine unmittelbare Beeinflussung der Prozeßlage zur Folge, ohne daß, abgesehen von der Bekanntgabe an das Gericht, noch eine weitere Handlung einer Partei erforderlich ist.

Derartige Vereinbarungen haben infolge der gewollten Hauptwirkungen prozessuale Rechtsnatur.

---

28) Schiedermair S. 97 ff.; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 186, 219 ff.; H. J. Hellwig, Systematik S. 61.

29) Dies wird angenommen von Köst SächsThArchRpfl 1935, 147.

30) "....Gericht...wird...zuständig."

31) Das betont auch der BGH in DB 1968, 979. Er spricht deshalb sogar der Prorogation unmittelbare prozessuale Wirkungen ab, allerdings nur im Zuge der Betonung des Gegensatzes zu den Prozeßhandlungen.

32) Schlosser, S. 47 ff. und passim tut dies ganz generell für alle Prozeßvereinbarungen, weil er die sog. "Einredetheorie" ablehnt. Vgl. dazu unten S. 81 ff.

33) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 253 m. w. N. Zur Terminologie vgl. Rauscher S. 133.

34) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 203 f.

35) Vgl. hierzu Schiedermair S. 29; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 205.

36) Baumbach-Lauterbach § 816 Anm. 1a.

3. gewollte Verpflichtungswirkung

Die dritte Wirkung, die die Parteien mit ihrer Vereinbarung gewollt haben können, ist die sog. Verpflichtungswirkung. [37] In diesem Fall soll, weniger weitgehend als bei Wirkungsidentität und Verfügungswirkung, die Prozeßlage nicht unmittelbar beeinflußt werden. Damit eine Veränderung der prozessualen Situation eintritt, muß zu der Vereinbarung noch eine bestimmte Parteihandlung hinzutreten, bzw. sie muß tatsächlich unterlassen werden, um eine bestimmte prozessuale Lage bestehen zu lassen. Mit der Vereinbarung soll erreicht werden, daß eine Partei oder auch beide diese oder jene Parteihandlung vornehmen oder unterlassen, z.B. eine Klage zurücknehmen oder kein Versäumnisurteil beantragen. [38] Derartige Verpflichtungen werden in der Praxis vor allem eingegangen, wenn dafür eine bestimmte Gegenleistung zugesagt wird. [39]

Zunächst fragt es sich, ob für das Institut der Verpflichtung im prozessualen Bereich überhaupt Raum ist. [40] Denn die Zivilprozeßordnung sieht im allgemeinen nur prozessuale Lasten vor, um eine Partei zu einem bestimmten prozessualen Verhalten zu veranlassen. [41] Der angestrebte Erfolg kann damit meist schnell und einfach erzielt werden, weil kein besonderes Durchsetzungsverfahren erforderlich ist, sondern die vom Gesetz angedrohte nachteilige Folge für die Partei ohne weiteres eintritt, wenn diese sich nicht der jeweiligen Last entsprechend verhält. Aber prozessuale Lasten allein reichen nicht immer aus, um eine Partei zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen; der Zweck einer Norm läßt sich damit nicht immer erreichen. [42] Nur wenn eine Partei sich durch ihr Verhalten lediglich selbst Nachteile in Form der vom Gesetz vorgesehenen Folge einhandelt, ist die Last das geeignete Mittel. Das heißt, die andere Partei darf keine Nachteile erleiden. Trifft das Parteiverhalten auch den Prozeßgegner, so ist dies ein Indiz dafür, daß die Rechtsordnung dem Verhalten der Partei nicht indifferent gegenübersteht, sondern es mißbilligt. Ergibt eine Wertung des Parteihandelns oder -unterlassens eine solche Mißbilligung, so handelt es sich nicht nur um eine Last, sondern um eine echte Parteipflicht. Mit Hilfe der Wertung lassen sich Lasten und Pflichten voneinander abgrenzen. [43]

---

37) H. J. Hellwig, Systematik S. 60 ff.; ders. NJW 1968, 1075.

38) Näheres dazu unten S. 40 ff., 36 ff.

39) Rosenberg-Schwab § 66 II 2.

40) Vgl. hierzu Lent ZZP 67 (1954), 344 ff.; Henckel S. 13 ff. m.w.N.

41) Z.B. in §§ 278 II, 279, 330, 331, 529 ZPO.

42) Henckel S. 14.

43) Nikisch § 53 I 2; Lent ZZP 67 (1954), 348 f., 350 ff.; Zeiss S. 32 Fn. 3; ders. NJW 1967, 704; H. J. Hellwig, Systematik S. 76; Nakano ZZP 79 (1966), 105.

Die Existenz von Pflichten im prozessualen Bereich entspricht auch der Qualifizierung des Prozesses als Rechtsverhältnis. Diese Lehre hat sich heute wohl gegenüber der Auffassung vom Prozeß als Rechtslage durchgesetzt. Der Prozeß ist nicht nur ein Aufeinanderfolgen verschiedener Situationen, die jeweils auf der vorangehenden aufbauen, er ist nicht nur der "Inbegriff von prozessualen Aussichten, Möglichkeiten, Lasten und Befreiungen von Lasten einer Partei". [44] Diese prozessualen Situationen oder Rechtslagen haben keine selbständige Bedeutung, sondern bilden jeweils nur die Voraussetzung für die nächste Prozeßlage und zusammen die Grundlage der Entscheidung. [45] Neben der "Lage, in welche die Partei in bezug auf ihr materielles Recht durch dessen prozessuale Geltendmachung gelangt", [46] sind auch alle übrigen rechtlichen Beziehungen zwischen den Prozeßsubjekten zu berücksichtigen, die auch unabhängig von dem streitigen materiellen Rechtsverhältnis bestehen können. [47] Diese Beziehungen zwischen den Prozeßsubjekten bilden das Prozeßrechtsverhältnis. [48] Es ist dreiseitig ausgestaltet, [49] d. h. es bestehen rechtliche Beziehungen zwischen Gericht und jeder Partei und zwischen den Parteien untereinander, wobei die Gewichte unterschiedlich verteilt sein können.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung sollen nur die rechtlichen Beziehungen betrachtet werden, die im Prozeßrechtsverhältnis zumindest auch zwischen den Parteien bestehen. Ausschließlich dem Gericht gegenüber bestehende Rechte und Pflichten sollen unberücksichtigt bleiben.

Daß zwischen den Parteien im Prozeß Rechte und Pflichten entstehen können, ist inzwischen auf der Grundlage der Lehre vom Prozeßrechtsverhältnis anerkannt. [50] Der Prozeß läßt die Parteien nicht beziehungslos sich einander gegenüberstehen, sondern wird wie auch der übrige Rechtsverkehr gekennzeichnet von bestimmten Beziehungen zwischen den beteiligten Rechtssubjekten.

---

44) So Goldschmidt S. 259.

45) Rosenberg-Schwab § 2 V 3.

46) Goldschmidt § 2, 3.

47) Nakano ZZP 79 (1966), 106.

48) Vgl. dazu Rosenberg-Schwab § 2; Nakano ZZP 79 (1966), 99 ff. m. w. N.; Nikisch § 4 II; Schönke-Schröder-Niese § 2; Stein-Jonas-Pohle, Einl. E II; Lent ZZP 67 (1954), 344 f.

49) So die h. M. Vgl. Dölle S. 290; H. J. Hellwig, Systematik S. 76; Lent ZZP 67 (1954), 345 f.; Nakano ZZP 79 (1966), 111; Nikisch §§ 4 II, 53 I; Rosenberg-Schwab § 2 II 1; Stein-Jonas-Pohle Einl. E II.

50) Vgl. die Nachweise in der vorangehenden Fußnote. A. A. Goldschmidt S. 292, 354 und Niese S. 63 ff., 72 ff.

Pflichten der Parteien untereinander und damit auch die Möglichkeit einer vertraglichen Verpflichtung zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen im Prozeß widersprechen folglich nicht von vornherein dem Wesen des Prozesses. Eine andere Frage ist es, ob eine konkrete Verpflichtung vom positiven Recht zugelassen wird. Das ist im Einzelfall zu prüfen.

Wenn auch die Möglichkeit von Pflichten bzw. Verpflichtungen im Rahmen des Prozeßrechtsverhältnisses weitgehend anerkannt wird, so bestehen doch erhebliche Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsnatur entsprechender Verpflichtungsverträge.

Häufig wird für derartige Vereinbarungen eine bürgerlichrechtliche Natur angenommen. [51] So wird zum Beispiel für den Fall des Klagezurücknahmeversprechens [52] und auch für andere zur Vornahme oder Unterlassung von Prozeßhandlungen verpflichtende Verträge [53] die Meinung vertreten, daß sie bürgerlichrechtlicher Natur seien, weil sie nur verpflichtende Wirkung hätten und nicht unmittelbar eine prozessuale Situation begründeten. Diese Auffassung beruht wohl in erster Linie darauf, daß es Baumgärtel in seiner Untersuchung vor allem um eine Klärung des Zusammenhangs zwischen Prozeßverträgen und dem Prozeßhandlungsbegriff geht. [54] Infolgedessen vergleicht er die Parteivereinbarungen und insbesondere auch die verpflichtenden Verträge mit den charakteristischen einseitigen Prozeßhandlungen der Parteien und stellt mit Recht gewisse Unterschiede fest. [55] Damit ist aber zunächst nur gesagt, daß die hier angesprochenen Parteivereinbarungen keine Prozeßhandlungen sind. Es ist jedoch nicht richtig, damit zugleich eine prozessuale Rechtsnatur abzulehnen.

Auch die Rechtsprechung, vor allem die des Reichsgerichts, geht ganz allgemein von einer bürgerlichrechtlichen Natur derartiger Vereinbarungen aus. [56]

---

51) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 264, 272; A. Blomeyer §§ 5 VII, 31 VIII 2; Niese S. 85 f., 150 ff.; Schiedermair S. 175 ff. In seiner Besprechung des Buches von H. J. Hellwig in AcP 169 (1969), 188 schließt Baumgärtel sich ohne nähere Begründung der Meinung an, daß verpflichtende Prozeßverträge prozessuale Rechtsnatur haben.

52) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 264.

53) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 272.

54) Prozeßhandlung S. 184, 266.

55) Prozeßhandlung S. 272.

56) Vgl. z.B. RGZ 36, 421; 42, 62; 102, 217 ff.; 159, 189; 160, 245; BGHZ 28, 45 ff.; 41, 5; OLG Stuttgart Rspr. 25, 23; OLG Hamburg LZ 1920, 934; OLG Zweibrücken OLGE 1965, 141 ff. In BGH DB 1968, 979 wird eine Gerichtsstandsvereinbarung unter Hinweis auf die Unterschiede im Verhältnis zur Prozeßhandlung als bürgerlichrechtlicher Vertrag angesehen.

Eine Begründung wird dafür nicht angeführt. Eine eventuelle prozessuale Rechtsnatur einer solchen Vereinbarung wird überhaupt nicht in Erwägung gezogen. Man spaltet die Parteiabsprache in Tatbestand und Wirkungen auf und qualifiziert den in der Vereinbarung enthaltenen Tatbestand der Verpflichtung ohne nähere Untersuchung als bürgerlichrechtlich bzw. schuldrechtlich. Damit wird das Institut der Verpflichtung als eine typische Erscheinung des bürgerlichen Rechts angesehen; man sieht offenbar im Tatbestand einander entsprechender Verpflichtungserklärungen ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien und zieht von da aus den scheinbar naheliegenden Schluß auf eine schuldrechtliche Natur der Vereinbarung.

Geht man jedoch von dem allein brauchbaren Kriterium der gewollten Hauptwirkungen des Vertrages aus, so zeigt sich, daß Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen nur eine prozessuale Rechtsnatur haben können. [57] Denn entscheidend ist der Inhalt, der Gegenstand der Verpflichtung. Auch die Verpflichtung erhält ihre Konturen erst durch die mit ihr letztlich erstrebten Wirkungen. Ohne den Blick auf dieses gewollte Endergebnis muß der Begriff der Verpflichtung farblos bleiben. Die Frage lautet immer: Verpflichtung wozu? Verpflichten sich die Partner zu einer Handlung des bürgerlichen Rechts, wie etwa im Kaufvertrag gem. § 433 I 1 BGB zur Übertragung des Eigentums an der gekauften Sache bzw. gem. § 433 II BGB zur Leistung des Kaufpreises, so haben die Verpflichtung und damit der Vertrag eine bürgerlichrechtliche Natur. Und wenn eine Verpflichtung zu einem öffentlichrechtlichen Handeln eingegangen wird, wie etwa bei einer Subventionsverpflichtung der Verwaltung, [58] so handelt es sich um einen öffentlichrechtlichen Vertrag. [59] Und entsprechend hat ein Vertrag, der als gewollte Hauptwirkung eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung des Zivilprozesses enthält, eine zivilprozessuale Rechtsnatur. Die letztlich von den Parteien erstrebte Wirkung ist eben ein prozessuales Tun oder Unterlassen.

---

57) Prozessuale Rechtsnatur wird für die Parteivereinbarungen angenommen oder doch zumindest für möglich gehalten von H. J. Hellwig, Systematik S. 74 ff. (80); ders. NJW 1968, 1075; Kohler Gruch 31 (1887), 277; Köst SächsThArchRpfl. 1935, 145; Nikisch § 55 III 2; Rosenberg-Schwab § 66 I, V; § 131 I 2; neuerdings auch Baumgärtel AcP 169 (1969), 188.

58) OVG Saarlouis DÖV 1959, 708 ff. (710).

59) Vgl. dazu Apelt S. 207 ff.; OVG Münster DÖV 1957, 374 f.; OVG Lüneburg NJW 1957, 76 f.; Kottke S. 36 ff. Zum verwaltungsrechtlichen Vertrag vgl. außerdem Götz JuS 1970, 1 ff. m. w. N.

Um einen Vertrag als prozeßrechtlich qualifizieren zu können, ist es nicht erforderlich, daß der Vertrag unmittelbar bereits die prozessuale Situation verändert.[60] Die Gegenmeinung läßt sich offenbar auch noch von der Vorstellung leiten, daß das Institut der Verpflichtung dem Prozeßrecht fremd sei, eine Verpflichtung vielmehr nur bürgerlichrechtliche Natur haben könne. Daß vertragliche Verpflichtungen je nach ihrem Ziel einen ganz verschiedenen Charakter haben können, wird nicht gesehen.

IV. Untersuchung verschiedener Verpflichtungsverträge

Im Folgenden soll die Frage der Rechtsnatur an Beispielen verschiedener vertraglicher Parteiverpflichtungen näher untersucht werden.

1. Verträge betreffend den Prozeßbeginn

Verträge zwischen gegenwärtigen oder zukünftigen Prozeßparteien, die eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen zum Gegenstand haben, können sich zunächst auf den Prozeßbeginn beziehen.

Denkbar ist eine Verpflichtung der einen Partei, aus einem bestimmten Rechtsverhältnis gegen die andere Partei innerhalb einer bestimmten Frist zu klagen. Eine solche Vereinbarung hat eine gewisse Bedeutung im Rahmen von Musterprozeßvereinbarungen.[61] Dort wird zum Zwecke der schnellen und kostensparenden Streiterledigung oft vereinbart, daß eine Partei eine Teilklage in bestimmter Höhe erheben soll.[62] Eine Klageerhebung kann auch für den Beklagten vorteilhafter sein als ein fortwährender Zustand der Ungewißheit und längere außergerichtliche Auseinandersetzungen. Die mit der vertraglichen Verpflichtung angestrebte Hauptwirkung ist die Vornahme einer bestimmten Prozeßhandlung durch eine Partei, nämlich die Einreichung einer Klageschrift im Sinne des § 253 V ZPO. Eine derartige Verpflichtung hat folglich nach dem entwickelten Kriterium eine prozessuale Rechtsnatur.

Bestandteil von Musterprozeßabreden ist meist auch die Vereinbarung mit umgekehrtem Inhalt, die Verpflichtung, in einem bestimmten Fall keine Klage zu erheben, wobei es sich meist um den von der Teilklage nicht erfaßten Restbe-

---

60) So auch H. J. Hellwig, Systematik S. 60 ff., 74 ff.; Rosenberg-Schwab § 66 II 2. A.A. Schiedermair S. 95; Nikisch § 55 III 1; Rauscher S. 113.

61) Siehe dazu Kempf ZZP 73 (1960), 342 ff.

62) Ein solcher Fall lag der Entscheidung BGH NJW 1958, 1727 zu Grunde.

trag handelt. Aber auch die Zusage, aus einem bestimmten Rechtsverhältnis überhaupt nicht zu klagen, kommt vor. Unter dem Sammelbegriff der vereinbarten Unklagbarkeit [63] wird dabei eine ganze Reihe möglicher Fälle zusammengefaßt. Hier interessieren nicht die vertragliche materielle Umwandlung eines Anspruchs in eine unvollkommene Verbindlichkeit [64] oder die Beurteilung der Klagbarkeit als einer selbständigen und vertraglich ausschließbaren Prozeßvoraussetzung, [65] sondern lediglich die vom potentiellen Kläger eingegangene Verpflichtung, aus einem bestimmten Rechtsverhältnis - eventuell nur bis zu einem festgelegten Zeitpunkt - keine Klage zu erheben. Die in einem solchen Fall von den Vertragspartnern gewollte Wirkung ist das Gegenstück zu der mit einer Klagezusage erstrebten Wirkung, nämlich die Unterlassung der Parteihandlung der Klageerhebung gem. § 253 V ZPO. Auch diese Vereinbarung hat folglich prozessuale Rechtsnatur.

Außer der Vereinbarung, überhaupt keine Klage zu erheben, kommt auch die Abrede vor, sich eines bestimmten, von der Prozeßordnung oder anderen Vorschriften zur Verfügung gestellten Verfahrens nicht zu bedienen, wobei die Klagemöglichkeit in anderen Verfahren unberührt bleiben soll.

So ist es zum Beispiel denkbar, daß die Parteien vereinbaren, daß der Kläger nicht im Urkundenprozeß klagen dürfe. [66] Die in der Klage enthaltene Erklärung i.S. des § 593 I ZPO, daß im Urkundenprozeß geklagt werde, ist eine besondere Prozeßhandlung, die zu der des § 253 V ZPO, d.h. der Einreichung der Klageschrift hinzutreten muß, um einen Rechtsstreit im Urkundenprozeß anhängig zu machen. Durch die Vereinbarung, nicht im Urkundenprozeß zu klagen, soll die Unterlassung dieser Prozeßhandlung bewirkt werden. Die Verpflichtung hat also prozessuale Rechtsnatur.

Besondere Verfahrensarten sind auch das Verfahren des Arrests und das der einstweiligen Verfügung. Arrestgesuch gem. § 920 I ZPO und Gesuch um Erlaß einer einstweiligen Verfügung gem. § 936 i.V. mit § 920 I ZPO sind Prozeßhandlun-

---

63) Zur Unklagbarkeit vgl. Stech S. 179 ff.; Neumann S. 44 ff.; Schlosser S. 63 ff. m.w.N.

64) Vgl. Lent NJW 1949, 510 ff.; Reichel IhJb 59 (1911), 445 ff.; Stech ZZP 77 (1964), 62 m.w.N. A.A. Kempf ZZP 73 (1960), 378.

65) So offenbar Thomas-Putzo III A 2 vor § 253; Stein-Jonas, 18. Aufl., IV 1 c vor § 253; Schlosser S. 66 f.. Zur Klagbarkeit vgl. auch Baumgärtel ZZP 75 (1962), 385 ff., (394); Neumann S. 20 ff. m.w.N.

66) Vgl. hierzu Niese, Diss. S. 72 f., 93; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 271; Stech S. 181; A. Blomeyer § 30 VIII 2; Zöller Anm. 1 vor § 592; Rosenberg-Schwab § 164 II 3; RGZ 160, 242 ff. (244).

gen der Parteien. Die vertragliche Verpflichtung zur Unterlassung derartiger Gesuche [67] ist demnach prozeßrechtlicher Natur.

Ein weiterer Fall, der in diesen Zusammenhang gehört, ist die vertraglich gegebene Zusage, ein bestimmtes Patent nicht mit der Patentnichtigkeitsklage anzugreifen. [68] Auch die Erhebung dieser besonderen Klage nach § 37 I, III 1 PatG ist eine Parteihandlung, wenn auch nicht des Zivilprozesses. Denn trotz der Ausgestaltung dieser Klage als Popularklage [69] stehen sich Nichtigkeitskläger und Patentinhaber als Prozeßparteien gegenüber. [70] Auch die Verpflichtung zur Unterlassung dieser Klageerhebung hat damit prozessuale Natur.

2. Verträge betreffend die Prozeßdurchführung

Neben dem Prozeßbeginn kann in verschiedenen Fällen auch die Durchführung des Verfahrens, also der eigentliche Prozeßverlauf, Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen zwischen den Parteien sein.

Denkbar ist hier, daß eine Partei oder beide sich verpflichten, auf bestimmte Verfahrensrügen zu verzichten oder die Erhebung bestimmter Rügen zu unterlassen, etwa den Verlust von Einreden nicht zu rügen. [71] Die mit einer solchen Vereinbarung gewollte Hauptwirkung ist entweder die Erklärung des Rügeverzichts i.S. des § 295 I ZPO, also die Vornahme einer Parteihandlung, [72] oder die Unterlassung der Parteihandlung der Rüge. Auch eine derartige Vereinbarung hat eine prozessuale Rechtsnatur. Einige weitere Parteihandlungen sind vor allem im Rahmen von Musterprozeßvereinbarungen Gegenstand von Verpflichtungsverträgen der Parteien. Um im Musterprozeß möglichst schnell zu einem Urteil zu kommen, das auch in der Sache entscheidet und in dessen Gründen auf die materiellen Rechtsprobleme eingegangen wird, - denn nur ein solches Urteil kann die von den Parteien erstrebte Musterwirkung für Restanspruch oder gleich-

---

67) Vgl. zu derartigen Verpflichtungen auch Kohler Gruch 31 (1887), 309 ff.; Niese, Diss. S. 93; Schlosser S. 73.

68) BGHZ 10, 23 ff.; BGH NJW 1953, 1260 = BGH JZ 1953, 667; Schlosser S. 64; Krausse-Kathlun-Lindenmaier § 37 PatG Anm. 7-9; BGH NJW 1965, 491.

69) Vgl. § 37 II i.V. mit § 13 I PatG.

70) BGHZ 10, 23.

71) In OLG Frankfurt NJW 1969, 380 wurde geprüft, ob zwischen den Parteien ein Prozeßvertrag zustandegekommen sei, in dem sich die Beklagte verpflichtet hätte, den Verlust der Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten nicht zu rügen.

72) Zöller § 295 Anm. 1.

gelagerte Fälle entfalten -, verpflichtet sich der Beklagte oft, kein Anerkenntnis abzugeben, und der Kläger verspricht, die Klage nicht zurückzunehmen und keinen Verzicht zu erklären. Das vom Beklagten im Prozeß abgegebene Anerkenntnis i.S. des § 307 ZPO ist eine reine Parteiprozeßhandlung [73] und hat nicht zugleich prozessuale und materielle Rechtsnatur. Das Gleiche gilt für den Verzicht des Klägers gem. § 306 ZPO, der das Gegenstück zum Anerkenntnis bildet. [74] Daß die Zurücknahme der Klage gem. § 271 II ZPO eine Prozeßhandlung ist, wird nicht bestritten. Es handelt sich eindeutig um eine Parteihandlung, [75] die alle Kriterien der Definition erfüllt. Da die gewollten Hauptwirkungen im Unterlassen von Parteihandlungen bestehen, sind diese Verpflichtungen ebenfalls prozessualer Natur.

Eine andere im Rahmen von Musterprozeßvereinbarungen vorkommende Absprache ist die gegenseitige Verpflichtung der Parteien, in einem bestimmten Verfahren kein Versäumnisurteil zu beantragen. Denkbar ist auch die Zusage, dies jedenfalls bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht zu tun. Gewollte Wirkung ist dabei die Unterlassung der Antragstellung nach § 330 ZPO bzw. § 331 I ZPO, also die Unterlassung einer typischen Parteihandlung. Durch die Absprache wird eine entsprechende Verpflichtung der Parteien begründet, nicht etwa einverständlich die Tatsache der Säumnis einer Partei beseitigt, [76] bzw. die Wertung des Nichterscheinens als Säumnis i.S. des Gesetzes ausgeschlossen. Der Vertrag hat prozeßrechtliche Natur.

Bezüglich des Versäumnisverfahrens wird gelegentlich auch eine in die entgegengesetzte Richtung gehende Vereinbarung getroffen: eine Partei übernimmt die Verpflichtung, Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. Ergänzt wird diese Absprache meist durch einen Verzicht auf den Einspruch gegen das ergangene Versäumnisurteil. [77] Nur auf diese Weise läßt sich das von den Parteien erstrebte Ergebnis, die baldige Beendigung des Rechtsstreits durch Urteil mit Sicherheit erreichen. Andernfalls könnte die vereinbarungsgemäß ausgebliebene Partei den Prozeß durch Einlegung des Einspruchs mit Leichtigkeit wieder in die Lage zurückversetzen, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (§ 342

---

73) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 142 ff. (149); Arens S. 207 f.; Rosenberg-Schwab § 63 VI 3, § 134 IV 7; Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 307 Anm. I 2 m.w.N. gegen die Vorauflage.

74) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 142; Arens S. 207 f.; Rosenberg-Schwab § 134 V I; Zöller Vorb. 1 zu §§ 306, 307.

75) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 79.

76) Dazu Stein-Jonas-Schumann-Leipold II 5 vor § 330; Schlosser S. 94 .

77) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 212.

ZPO). Gewollte Hauptwirkung der Absprache ist das Unterlassen des Erscheinens bzw. Verhandelns einer Partei in einem bestimmten Prozeß, also die Unterlassung von Parteihandlungen. Die Vereinbarung hat prozessuale Rechtsnatur.

Die letzte Vereinbarung über die Durchführung des Verfahrens, deren Rechtsnatur hier untersucht werden soll, ist die Verpflichtung zur Einlegung eines bestimmten Rechtsmittels. Im Musterprozeß, in dem es um die schnelle und kostensparende Erreichung eines in der Sache entscheidenden höchstrichterlichen Urteils geht, spielt die Verpflichtung zur Einlegung der Sprungrevision eine Rolle. [78] Gewollte Wirkung ist einerseits die Vornahme der Prozeßhandlung der Revisionseinlegung nach § 566 a ZPO i. V. mit § 553 ZPO durch die in der ersten Instanz unterlegene Partei und andererseits die Erklärung der nach § 566 a II ZPO für die Sprungrevision erforderlichen Einwilligung des Gegners, der sich dadurch mit dem Verlust der Berufungsinstanz einverstanden erklärt. Sowohl Einlegung der Sprungrevision als auch Erklärung der entsprechenden Einwilligung sind Parteihandlungen, die entsprechende vertragliche Vereinbarung hat folglich prozessuale Rechtsnatur.

3. Verträge betreffend die Prozeßbeendigung

Die Beendigung des Prozesses betreffen Klage- und Rechtsmittelrücknahmeversprechen, beides häufig vorkommende Parteivereinbarungen. Meist werden sie im Rahmen außergerichtlicher Vergleiche abgeschlossen. Die Rücknahme bildet dabei die nachgebende Leistung der einen Partei, [79] der im allgemeinen eine Teilerfüllung des eingeklagten Anspruchs durch den Gegner gegenübersteht. Klagerücknahme gem. § 271 II 2 ZPO und Rücknahme von Berufung oder Revision gem. § 515 II ZPO bzw. § 566 ZPO i. V. mit § 515 ZPO sind eindeutige Parteihandlungen. Vertragliche Verpflichtungen zur Rücknahme dieser Parteihandlungen haben folglich prozessuale Rechtsnatur. [80]

---

78) Vgl. für den Wettbewerbsprozeß Pastor S. 63; BGHZ 28, 208 ff. (210). Vgl. auch Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 41 ff., 54.

79) Rosenberg-Schwab § 132 I 6.

80) So für das Klagezurücknahmeversprechen auch Köst SächsThArchRpfl 1935, 145; Nikisch § 69 III 2; H. J. Hellwig, Systematik S. 79 f.; Rosenberg-Schwab § 131 I 2 und Schönke-Kuchinke § 70 III gegen die Vorauflage. A. A. Bunsen ZZP 35 (1906), 407; Reichenheim S. 41; Niese S. 28 f.; ders., Diss. S. 84; Benkendorff S. 48; Barz S. 3 ff.; Schiedermair S. 175; Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 271 Anm. I 3; Pohle Revista de Derecho Privado 38 (1954), 17; Schönke-Schröder-Niese § 31 I; Baum-

Vor allem in Anwaltsprozessen wird gelegentlich vereinbart, einen zustandegekommenen außergerichtlichen Vergleich gerichtlich beurkunden zu lassen, um so einen vollstreckbaren Titel gem. § 794 Nr. 1 ZPO zu schaffen. Diese Vereinbarung wird häufig als Vorvertrag angesehen, der auf den Abschluß eines Prozeßvertrages gerichtet ist. [81] Dies trifft jedoch nur dann zu, wenn die materielle Komponente des Prozeßvergleichs - nimmt man mit der h. M. Doppelnatur des Prozeßvergleichs [82] an - in der außergerichtlichen Vereinbarung noch nicht im einzelnen festgelegt worden ist. In der Praxis wird es jedoch im allgemeinen so sein, daß die Parteien den Vergleich in seinem gesamten Inhalt niedergelegt und außerdem vereinbart haben, diese Abmachung anschließend zum Prozeßvergleich zu erheben, indem sie vor Gericht erscheinen und erklären, den folgenden Vergleich zu schließen, der gerichtlich beurkundet werden solle. Der Prozeßvergleich kommt dadurch zustande, daß er in einer mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht in das Protokoll aufgenommen (§ 160 I Nr. 1 ZPO), den Parteien vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt und von ihnen genehmigt wird (§ 162 ZPO). Das Protokoll muß vom Vorsitzenden und vom Urkundsbeamten unterschrieben werden (§ 163 ZPO). Nur bei Beachtung dieser Vorschriften ist der Vergleich als Prozeßvergleich wirksam. [83] Die zur Erfüllung dieser Erfordernisse notwendigen Handlungen der Parteien sind die gewollten Hauptwirkungen der eingegangenen Verpflichtung, einen bestimmten außergerichtlichen Vergleich gerichtlich beurkunden zu lassen und ihn damit zum

---

Fortsetzung der Fn. 80) von S. 18:
gärtel, Prozeßhandlung S. 264 f.; Rosenberg § 127 I 1 b; Bruns S. 157; Palandt Einf. 4 h vor § 305; Zöller § 271 Anm. I 2 a, b; RGZ 102, 217; 159, 189; BGHZ 41, 3 ff. (5) = BGH NJW 1964, 549.

81) Vgl. Schiedermair S. 179; Barz S. 71 f.; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 274; ders., Festschrift für Schima S. 51 ff.

82) Auf den Meinungsstreit um die Rechtsnatur des Prozeßvergleichs kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. dazu Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 192 ff.; Rosenberg-Schwab § 132 III jeweils m. w. N.

83) So die wohl überwiegende Meinung. Vgl. Lent-Jauernig § 48 II; Nikisch § 70 II 3; Rosenberg-Schwab § 132 I 3; Schönke-Kuchinke § 72 III gegen die Vorauflage; Thomas-Putzo § 794 Anm. 3 c cc; Zöller § 794 Anm. 1 g; anscheinend auch Lüke JuS 1965, 483; BGHZ 16, 388; BAG MDR 1960, 440. A. A. Baumbach-Lauterbach 4 E Anh. zu § 307; Schönke-Schröder-Niese § 53 V 2 und Stein-Jonas, 18. Aufl., § 794 Anm. II 2 d, wo die Protokollierung nur als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit angesehen wird, während zur Wirksamkeit lediglich die mündliche Erklärung der Parteien erforderlich sei, wie auch bei anderen Prozeßhandlungen.

Prozeßvergleich zu machen. Weil die letztlich gewollten Wirkungen Parteiprozeßhandlungen sind, hat die entsprechende vertragliche Vereinbarung prozessuale Rechtsnatur. Der Konstruktion eines Vorvertrages zum Abschluß eines Prozeßvertrages bedarf es zumindest in diesem Falle nicht. [84]

4. Verträge betreffend die Schiedsrichterernennung

Neben den Vereinbarungen der Parteien, die sich auf Beginn, Durchführung oder Beendigung des Prozesses beziehen, kann noch eine andere Absprache Verpflichtungen der Parteien entstehen lassen; der Schiedsvertrag. Er hat zwar im wesentlichen eine prozessuale Verfügungswirkung, [85] entsprechend den von den Parteien gewollten Hauptwirkungen. Denn negative und positive Wirkungen, nämlich einerseits Ausschluß des ordentlichen Verfahrens und Schaffung einer Einredemöglichkeit gem. § 274 II Nr. 3 ZPO und andererseits die Ermöglichung eines prozeßähnlichen Verfahrens und die Unterwerfung unter den Schiedsspruch treten auf dem Gebiet des Prozeßrechts ein. Wendet man das oben entwickelte Kriterium zur Beurteilung der Rechtsnatur an, so ergibt sich, daß die materiellrechtliche Theorie, [86] die eine Umgestaltung des materiellen Privatrechtsverhältnisses infolge der dem Schiedsrichter eingeräumten Gestaltungsmacht annimmt, und die vermittelnden Meinungen, die einen gemischtrechtlichen [87] oder einen Vertrag eigener Art [88] annehmen, nicht richtig sein können.

---

84) Gegen den Vorvertrag auch Schlosser S. 61.

85) Als prozessualer Vertrag wird der Schiedsvertrag angesehen u. a. von Förster-Kann § 1025 Anm. 1; Goldschmidt § 77 I a; Hegler S. 102 ff.; Hellwig, Lb. I S. 57 Fn. 82; ders., System II S. 103 ff.; ders., Anspruch S. 160; Nikisch § 143 III 1; Schiedermair S. 105; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 230 ff. (247); Baumbach-Schwab S. 54; Lüke AcP 162 (1963), 536 f.; H. J. Hellwig, Systematik S. 56; Rauscher S. 161 m. w. N.; Rosenberg-Schwab § 174 II m. w. N.

86) K. Blomeyer, Festgabe f. Rosenberg S. 59, 62; Bunsen ZZP 35 (1906), 415; Neuner S. 111; Trutter S. 187 f., 402; Bruns § 19 IV 3 b; Niese S. 85; Rosenberg § 166 II 1 a, b. Baumbach-Lauterbach § 1025 Anm. 1 und RGZ 144, 98; 156, 104; BGHZ 7, 185 und BGH NJW 1967, 2059 m. w. N. nehmen einen materiellrechtlichen Vertrag über prozessuale Befugnisse an.

87) Habscheid KTS 1955, 34 ff.; Kisch ZZP 51 (1926), 331 f.; Schönke-Kuchinke § 87 II 4.

88) Schönke-Schröder-Niese § 99 III 6.

Neben der Verfügungswirkung kommt jedoch auch eine Verpflichtungswirkung in Betracht. Denn aus dem Vertrag können für die Parteien Mitwirkungs- und Förderungspflichten entstehen hinsichtlich der Ernennung der Schiedsrichter und der Ermöglichung der Spruchfällung. [89]

Zweifelhaft ist allerdings, ob es sich hierbei um echte Pflichten oder nur um prozessuale Lasten handelt. [90] Verschiedentlich wird eine Last angenommen [91] mit der Begründung, daß es im freien Belieben der Parteien stehe, den vom Gesetz an die Untätigkeit geknüpften Nachteil auf sich zu nehmen. Der sich aus einem bestimmten Verhalten ergebende Nachteil allein beweist jedoch noch nicht, daß es sich um eine Last handelt. Wird auch die andere Partei nachteilig betroffen, so wird das Verhalten mißbilligt und es handelt sich um eine echte Pflicht.

Die in § 1029 II ZPO vorgesehene Folge bei Nichternennung eines Schiedsrichters im gesetzlich geregelten Fall des § 1028 ZPO bringt nur für die untätige Partei einen Nachteil. Der anderen Partei wird es in aller Regel gleichgültig sein, ob der Gegner oder das Gericht den oder die anderen Schiedsrichter ernennt. Hier handelt es sich demnach nur um eine prozessuale Last. [92]

Anders ist es aber im Fall einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien über die Ernennung der Schiedsrichter. § 1029 ZPO trifft nur den vom Gesetz geregelten Normalfall. Liegt eine vertragliche Vereinbarung über die Ernennung vor, so können echte Mitwirkungspflichten der Parteien entstehen. [93] Hier ist weniger an den Fall zu denken, in dem nach der Vereinbarung das Ernennungsrecht nur einer Partei zustehen soll. Das ist nämlich im Hinblick auf § 1025 ZPO möglicherweise unzulässig. [94] Aber denkbar ist z.B. auch eine Vereinbarung, nach

89) Baumbach-Schwab S. 80. Auf S. 108 wird allerdings eine prozessuale Last angenommen. Vgl. auch Habscheid KTS 1955, 35 f.; RGZ 33, 268; 74, 322.

90) Zur Abgrenzung vgl. oben S. 10.

91) So Schiedermair ZZP 74 (1961), 143; Lüke AcP 162 (1963), 537; Rosenberg-Schwab § 174 VII 2; für den Schiedsgutachtenvertrag Rauscher S. 129. Baumgärtel, Prozeßhandlung, S. 243 ff. nimmt eine Last nur für den Fall der Schiedsrichterernennung auf der gesetzlichen Grundlage der §§ 1028, 1029 ZPO an. Bei vertraglicher Vereinbarung über die Ernennung hält er eine - materiellrechtliche - Pflicht für möglich.

92) Das Gleiche gilt für den Fall des § 1031 ZPO. Für § 1029 II ZPO vgl. auch Lüke AcP 162 (1963), 537.

93) RGZ 33, 265 (268); OLG Breslau Rspr 21, 115 f.; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 235 Fn. 315; Habscheid KTS 1955, 35 f.

94) Vgl. hierzu Schiedermair S. 109; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 235 f. Fn. 315 m.w.N.

der jede Partei eine bestimmte Anzahl von Schiedsrichtern aus einem genau begrenzten Personenkreis zu ernennen hat. Eine analoge Anwendung des § 1029 II ZPO, die für den Fall des einseitigen vertraglichen Ernennungsrechts vorgeschlagen wird, [95] bietet hier keine brauchbare Lösung. Denn das Gericht kann einen Schiedsrichter nur ernennen, wenn der Schiedsvertrag keine Bestimmung über die zur Mitwirkung berufenen Personen enthält. [96] Ein Hinfälligwerden des Schiedsvertrages aber würde nicht nur der untätigen, sondern auch der vertragstreuen Partei Nachteile bringen. Sie wäre wieder auf das ordentliche Verfahren verwiesen, das sie bei Vertragsschluß gerade ausschließen wollte. Also handelt es sich in diesem Fall um eine echte Pflicht der Parteien, bei der Ernennung mitzuwirken. Nur mit Hilfe dieser Verpflichtungswirkung neben der prozessualen Verfügungswirkung kann der volle Rechtserfolg des Schiedsvertrages herbeigeführt werden. Die zusätzliche Verpflichtungswirkung kann und muß als von den Parteien gewollt angesehen werden.

Fraglich ist allerdings, ob auch diese Wirkung ebenso wie die Verfügungswirkung prozessualer Natur ist. Bei den Vertretern der prozessualen Theorie über die Rechtsnatur des Schiedsvertrages zeigt sich hier ein gewisser Bruch. Sie sehen diese Pflichten als materiellrechtlich an. Um eine Doppelnatur des Vertrages [97] zu vermeiden, betrachten sie sie als Nebenwirkungen, die deshalb auf die Rechtsnatur keinen Einfluß haben sollen. [98] Richtiger ist es jedoch, auch diese Wirkungen als von den Parteien gewollt anzusehen, jedenfalls im Falle einer vertraglichen Vereinbarung über die Frage der Schiedsrichterernennung. Denn nur so läßt sich das von den Vertragspartnern mit dem Abschluß des Schiedsvertrages angestrebte Gesamtergebnis erreichen. Das Ausweichen auf die Beurteilung als Nebenwirkungen läßt sich außerdem vermeiden, wenn man auch die Mitwirkungspflichten nicht als materiellrechtliche sondern als prozeßrechtliche Pflichten ansieht, [99] entsprechend den von den Parteien gewollten Wirkungen. Das Recht und entsprechend die Pflicht zur Ernennung der Schiedsrichter im Fall einer Vereinbarung der Parteien folgen aus der von der Prozeßordnung eingeräumten Möglichkeit zur Durchführung eines Schiedsverfahrens. Zwar kann man die Ernennung eines Schiedsrichters durch eine Partei nicht als Parteiprozeßhandlung im engen Sinn bezeichnen. Sie ist aber eine Handlung,

---

95) Schiedermair S. 109 f.

96) Zöller § 1029 Anm. 2; OLG Frankfurt MDR 1955, 749.

97) Dafür Habscheid KTS 1955, 36.

98) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 235 f.; Kisch ZZP 51 (1926), 323 Fn. 1; Jürgens S. 48; Rauscher S. 162, der allerdings prozessuale Lasten annimmt.

99) H. J. Hellwig, Systematik S. 57.

die der Parteihandlung sehr ähnlich ist und ihr jedenfalls nähersteht als einer bürgerlich-rechtlichen Handlung. Das Schiedsverfahren ist ein prozeßähnliches Verfahren, und seine Gestaltung wird durch die Schiedsrichterernennung maßgeblich beeinflußt. Die Ernennung läßt sich infolgedessen als eine Verfahrenshandlung der Partei ansehen. Und da eine Verfahrenshandlung die letztlich gewollte Wirkung der vertraglichen Ernennungsverpflichtung ist, hat auch diese Verpflichtung eine prozessuale Rechtsnatur.

§ 2 Zulässigkeit

I. Bedeutung der Zulässigkeit

Nachdem die Rechtsnatur der vertraglichen Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen geklärt ist, kann auch über die Frage ihrer Zulässigkeit entschieden werden. Denn nach der Rechtsnatur richtet sich der Kreis der Regelungen, die für die Beurteilung der Zulässigkeit des Vertrages maßgebend sind. Die Frage der Zulässigkeit hat eine erhebliche praktische Bedeutung, weil nur ein von der Rechtsordnung anerkannter Vertrag rechtliche Wirkungen entfalten und die Vertragspartner binden kann. Und die Parteien legen Wert darauf, vor dem Abschluß eines Vertrages über Parteihandlungen dessen Zulässigkeit beurteilen zu können.

II. Allgemeiner Zulässigkeitsbereich

Infolge der prozeßrechtlichen Natur der Verpflichtungen sind für die Abgrenzung des allgemeinen Zulässigkeitsbereichs die Normen der Zivilprozeßordnung heranzuziehen.

Wie über die Einordnung einer Vereinbarung in ein bestimmtes Rechtsgebiet, so entscheiden letztlich die gewollten Wirkungen auch über den Kreis der Regelungen, nach denen sich die Zulässigkeit der Vereinbarung beurteilt. [100] Das bedeutet aber nichts anderes, als daß die Rechtsnatur des Vertrages, die - auch in der Frage der Zulässigkeit - anwendbaren Regeln bestimmt. [101] Die gewollten

100) H. J. Hellwig, Systematik S. 84, 59 Fn. 148; Schug S. 85 f.
101) Das verkennt offenbar Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 61.

Hauptwirkungen bestimmen die Einordnung des Vertrages in ein bestimmtes Rechtsgebiet, d.h. seine Rechtsnatur, diese entscheidet dann über die Frage, nach welchem Recht sich die Zulässigkeit beurteilt. Das bedeutet nicht, daß die Parteien nach ihrem Belieben darüber bestimmen können, welchem Recht die Normen über die Zulässigkeit der Vereinbarung und ihre Beurteilung im übrigen zu entnehmen sind. Sie können nur festlegen, welche Wirkungen sie erreichen wollen. Die sich daraus ergebenden Folgen sind ihrer Disposition entzogen und treten zwangsläufig ein.

Eine generelle Regelung der Zulässigkeit enthält die Zivilprozeßordnung nicht. Es finden sich nur einzelne Bestimmungen über Parteivereinbarungen, in denen jedoch die Frage der Zulässigkeit meist nicht ausdrücklich angesprochen ist. Früher wurde die Meinung vertreten, daß die zulässigen Parteivereinbarungen in der Zivilprozeßordnung abschließend genannt seien, daß folglich alle nicht dort aufgeführten Vereinbarungen unzulässig seien. [102] Dieser Umkehrschluß ist jedoch nicht gerechtfertigt. [103] Denn die gesetzlichen Regelungen sind unsystematisch verstreut und handeln im allgemeinen nicht ausdrücklich von der Zulässigkeit.

Gegen die Zulässigkeit gesetzlich nicht geregelter Parteivereinbarungen wurde häufig auch mit dem Schlagwort vom "Verbot des Konventionalprozesses" argumentiert. [104] Diese Auffassung ist inzwischen überwunden. Schon frühzeitig hat man erkannt, daß auch das Zivilprozeßrecht nicht nur aus zwingenden Normen besteht, sondern auch dispositives Recht enthält. [105] Es sind dies Normen, bei denen den Parteien die Entscheidung darüber möglich ist, ob eine bestimmte vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge eintritt oder nicht, [106] oder ob sogar

---

102) So Bunsen ZZP 35 (1906), 407; Hellwig, System I § 151 I; ders., Festgabe für Gierke S. 88 f.; ders., Anspruch S. 159 f.; Dittrich S. 5 ff.; Hoffmann S. 8 ff.; Pollak GrünhZ 18 (1891), 77.

103) Sachse ZZP 54 (1929), 411; Benkendorff S. 16; Schiedermair S. 47; Dickhoff S. 44 f.; Nikisch § 55 II 3; Kemmerzell S. 58 ff.; H. J. Hellwig, Systematik S. 81; Rosenberg-Schwab § 66 III.

104) Vgl. Wach AcP 64 (1881), 218; Ehrenzweig GrünhZ 18 (1891), 237, 240; Bunsen ZZP 35 (1906), 407; Dittrich S. 6; Hellwig, Festgabe für Gierke S. 88; ders., System I § 151 I; Oertmann ZZP 45 (1915), 419; Goldschmidt S. 311; Hoffmann S. 10; Niese S. 150 f.; heute nur noch Wieczorek A III c vor § 1; § 38 Anm. B IV.

105) Vgl. schon Bülow AcP 64 (1881), 1 ff. (15).

106) Niese, Diss. S. 66 spricht hier von freistellenden Normen. Diese Unterteilung ist jedoch nicht notwendig, da auch dieser Fall vom Begriff des dispositiven Rechts erfaßt wird. A.A. Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 188 Fn. 26.

andere im Gesetz nicht aufgeführte Folgen eintreten. Nur mit Hilfe dispositiver Regelungen in der Zivilprozeßordnung läßt sich der noch näher zu untersuchende Prozeßzweck in jedem Einzelfall erreichen. [107] Denn eine starre gesetzliche Regelung kann der Vielzahl von möglichen Gestaltungen des Einzelfalls, die sich nicht genau vorhersehen lassen, nicht voll gerecht werden.

Von großer Bedeutung ist die Frage, wo die Grenze zwischen den Bereichen des zwingenden und des dispositiven Rechts zu ziehen ist. Denn die Parteien können über zwingende Normen nicht verfügen und deshalb können sie sich auch nicht verpflichten, der zwingenden Norm zuwiderzuhandeln. Entsprechende prozeßrechtliche Verpflichtungen wären unzulässig, weil sie nicht zulässig erfüllbar sind. Sie dürften vom Gericht nicht berücksichtigt werden.

Das Gesetz enthält über die Abgrenzung nichts. Infolgedessen müssen als Kriterium die allgemeinen Grundsätze des Zivilprozesses herangezogen werden. Sie lassen sich nur aus dem Zweck des Zivilprozesses herleiten. Nach der h. M. hat der Zivilprozeß zwei unterschiedlichen Interessen zu dienen. Zum einen soll er die Sicherung und Durchsetzung subjektiver Privatrechte ermöglichen, zum anderen soll sich im Prozeß "das objektive Recht bewähren". [108] Diese beiden Interessen werden im allgemeinen mit privatem und öffentlichem Interesse gleichgesetzt. Beide können miteinander kollidieren und sind gegeneinander abzuwägen. Überwiegt das öffentliche Interesse an der "Bewährung des objektiven Rechts", so kann die heranzuziehende gesetzliche Regelung von den Parteien nicht zur Verfolgung ihrer privaten Interessen modifiziert werden, es handelt sich um zwingendes Recht. Überwiegen die privaten Interessen der Parteien an der Sicherung und Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte, so handelt es sich um dispositives Recht. [109] Als entscheidend wird also jeweils angesehen, ob die betreffende Norm mehr im öffentlichen oder mehr im privaten Interesse erlassen ist. Mit dem Schlagwort von der "Bewährung des objektiven Rechts" ist allerdings nicht viel gewonnen. Ein selbständiger Prozeßzweck kann darin jedenfalls nicht gesehen werden. [110] Denn die Frage der Bewährung des objektiven Rechts wird immer nur aus der subjektiven Sicht der Parteien beurteilt. Und nur wenn die Parteien an der Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte interessiert sind, kann

---

107) Bülow AcP 64 (1881), 15.

108) Vgl. z.B. Gaul AcP 168 (1968), 46 f.; Stein-Jonas-Pohle Einl. C IV; Pawlowski ZZP 80 (1967), 368; von Mettenheim S. 18 ff. m.w.N.; Rosenberg-Schwab § 1 III 2 bezeichnet Bewährung des objektiven und Schutz des subjektiven Rechts als zwei Seiten ein und desselben Tatbestandes.

109) So z.B. auch Bülow AcP 64 (1881), 12 ff.; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 188; H.J. Hellwig, Systematik S. 83 m.w.N.; Schiedermair S. 58.

110) von Mettenheim S. 23 f.; Rosenberg-Schwab § 1 III 2; Schlosser S. 10.

auch das objektive Recht seine Funktionsfähigkeit erweisen und sich "bewähren". 111) Der Zweck des Zivilprozesses besteht vielmehr vor allem darin, den Parteien eine Möglichkeit für die Sicherung und Durchsetzung ihrer subjektiven Rechte zur Verfügung zu stellen und auf diese Weise zugleich die damit überflüssig gewordene und untragbare Möglichkeit der Selbsthilfe auszuschalten, also den Rechtsfrieden zu wahren. 112)

Auch wenn man den Zweck des Zivilprozesses in dieser Weise sieht, kann sich eine Kollision zwischen privaten und öffentlichen Interessen ergeben. Auf der einen Seite steht das Interesse des Staates daran, für die Durchsetzung der subjektiven Rechte der Parteien ein geordnetes, von vornherein überschaubares und zweckentsprechendes Verfahren offenzuhalten. Auf der anderen Seite aber ist den Parteien daran gelegen, ihre Rechte in einer Art und Weise zu verwirklichen und durchzusetzen, die ihren speziellen Wünschen und Vorstellungen im Einzelfall möglichst entspricht. Insofern kann ihnen an einer Abweichung von den für den Regelfall vorgesehenen Normen durchaus gelegen sein. Zwischen diesen Interessen ist bei jeder einzelnen in Frage stehenden Norm abzuwägen. Überwiegt das öffentliche Interesse an ihrer unveränderten Anwendung, so handelt es sich um zwingendes Recht, und eine vertragliche Verpflichtung zu einem abweichenden Verhalten der Parteien ist nicht zulässig. Dies ist immer dann der Fall, wenn durch die Abweichung die geordnete Durchführung und die jederzeitige Überschaubarkeit des gerichtlichen Verfahrens empfindlich gestört werden würden. Die im Einzelfall entgegenstehenden privaten Interessen müssen dann zurücktreten. Überwiegt jedoch das private Interesse an der Möglichkeit der Ausschaltung oder Modifizierung der Anwendung der Norm, so handelt es sich um dispositives Recht, und eine entsprechende vertragliche Verpflichtung ist zulässig.

---

111) von Mettenheim S. 23 f.; Rimmelspacher S. 13; Schlosser S. 10. Noch etwas weiter in diese Richtung geht Pawlowski ZZP 80 (1967), 368. Er betont den ständigen Wandel des Rechts infolge des Verhaltens und der Gewohnheiten der Parteien. Der Prozeß sei infolgedessen notwendig, um zu bestimmen und festzustellen, was zu einem bestimmten Zeitpunkt konkret subjektives und objektives Recht sei. Die Parteien wirkten dann als Berechtigte am Verfahren mit, nicht nur weil es um den Schutz ihrer subjektiven Rechte gehe, sondern weil sie durch Anträge und durch ihr Verhalten gegenüber Urteilen die Feststellung des geltenden Rechts beeinflußten.

112) So auch Schlosser S. 10 f.; Nikisch § 1 II; Rimmelspacher S. 19 ff.; Rosenberg-Schwab § 1 III 1; von Mettenheim S. 19 ff.

Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, der allgemeine Zulässigkeitsbereich vertraglicher Vereinbarungen der Parteien über den Prozeß decke sich nicht mit dem Bereich des dispositiven Zivilprozeßrechts. Als weiteres Erfordernis für die Zulässigkeit wird verlangt, daß die Entschlußfreiheit der Parteien über ihr prozessuales Verhalten gewahrt bleiben müsse. [113] Es müsse stets geprüft werden, ob nicht durch den Vertrag die Entschlußfreiheit der Partei in einer gegen Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung verstoßenden Weise eingeschränkt werde. Dies kann natürlich nur im Einzelfall festgestellt werden.

Hiergegen wird eingewandt, die Wahrung der Entschlußfreiheit der Partei habe mit der Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung nichts zu tun. Sie könne nur entscheidend dafür sein, ob eine Partei durch den Vertrag auch wirklich gebunden werde, wenn sie zur Erfüllung nicht bereit sei. [114] Dabei wird auch das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit der Vereinbarung in die Betrachtungen einbezogen.

In Wirklichkeit hat aber der Gesichtspunkt der Wahrung der Entschlußfreiheit keine selbständige Bedeutung. Zunächst ist klar zu unterscheiden zwischen dem Erfordernis genügender Bestimmtheit der Vereinbarung und der Erhaltung der Entschlußfreiheit der sich bindenden Partei. Die genügende Bestimmtheit hat mit der Frage der Zulässigkeit nichts zu tun, sondern spielt nur für die rechtliche Wirksamkeit des Vertrages eine Rolle. Es ist nicht von vornherein unzulässig, eine Vereinbarung zu treffen, deren gewollte Wirkungen sich nicht ermitteln lassen. Gegebenenfalls treten allerdings auch keine Rechtswirkungen ein. Es handelt sich also um ein Problem der Gültigkeit. Die Erhaltung der Entschlußfreiheit dagegen berührt die Frage der Zulässigkeit. Aber der Staat erfüllt seine Aufgabe, die unerfahrene oder leichtsinnige Partei in gewissem Maße gegen sich selbst zu schützen und sie vor übereilten Bindungen zu bewahren, schon mit Hilfe der gesetzlichen Regelung selbst. Auch dieser Schutz der Partei liegt nicht nur in ihrem eigenen, sondern vor allem auch im öffentlichen Interesse. Und dieses öffentliche Interesse findet seinen Ausdruck in der jeweiligen gesetzlichen Regelung. Ergibt sich aus Wortlaut oder Sinn und Zweck einer Norm, daß eine Partei erst zu einem bestimmten Zeitpunkt oder nur unter gewissen Umständen in der Lage sein soll, sich vertraglich zu binden, so handelt es sich eben insoweit um zwingendes Recht. Eine abweichende Vereinbarung wäre wegen des entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interesses unzulässig. Ob dieser Schutz der Parteien von der Norm beabsichtigt ist, läßt sich nur im Einzelfall feststellen. Für die Beurteilung ist dabei auf die Folgen abzustellen, die sich aus dem von der Norm abweichenden Verhalten der Partei ergeben können. Ist

113) Nikisch § 55 II 2; ähnlich Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 190 f.
114) Schlosser S. 9 Fn. 20, S. 44 ff.

die unverändert angewandte Norm geeignet, die Partei vor erheblichen Nachteilen zu bewahren, so ist daraus zu schließen, daß eine abweichende Verpflichtung nicht möglich sein soll.

III. Zulässigkeit einzelner vertraglicher Verpflichtungen

Die Einzelfälle von Parteiverpflichtungen, deren Rechtsnatur oben untersucht wurde, sollen im Folgenden auf ihre Zulässigkeit geprüft werden. Das entscheidende Kriterium sind auch hier die von den Parteien gewollten Hauptwirkungen. Ihre Zulässigkeit ist maßgebend für die Zulässigkeit der Vereinbarung.

1. Verträge betreffend den Prozeßbeginn

Den Prozeßbeginn betrifft zunächst die Verpflichtung, aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, ggf. innerhalb einer gewissen Frist, Klage zu erheben. Die gewollte Wirkung ist die Vornahme der Prozeßhandlung gem. § 253 V ZPO, d. h. die Einreichung einer den Erfordernissen des § 253 II - IV ZPO entsprechenden Klageschrift. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß jede Partei grundsätzlich frei darüber entscheiden kann, ob sie in einem bestimmten Fall eine Klage erheben will oder nicht. Es kann nicht dem öffentlichen Interesse widersprechen, wenn eine Partei von der vom Staat zur Verfügung gestellten Möglichkeit, subjektive Rechte in einem geordneten Verfahren durchzusetzen, auch tatsächlich Gebrauch macht. Die Vorschrift des § 253 ZPO ist dispositiv, was die Frage der Erhebung oder Nichterhebung der Klage angeht. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, die dagegen sprechen, einer Partei zu gestatten, sich zur Vornahme dieser in ihrem Belieben stehenden Parteihandlung vertraglich zu verpflichten. Ein entsprechender Vertrag ist folglich zulässig. [115]

Für den umgekehrten Fall, die vertragliche Verpflichtung, in einem bestimmten Fall die Klageerhebung zu unterlassen, gilt nichts anderes. Der Staat stellt die Rechtsschutzmöglichkeit den Parteien nur zur Verfügung, er bietet ihnen an, sich des gerichtlichen Verfahrens zu bedienen. Ob aber von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht wird, ob also eine Partei ihr subjektives Recht tatsächlich gerichtlich durchzusetzen versucht, ist eine Frage, die das öffentliche Interesse nicht berührt. Bedenken könnten sich allenfalls gegen die vorzeitige Ausschaltung der Rechtsschutzmöglichkeit ergeben, wenn diese Rechtsschutzmöglichkeit zu den Rechten gehörte, deren Aufgeben der Partei in ihrem eigenen In-

115) So schon Kohler Gruch 31 (1887), 298.

teresse untersagt ist. Das ist aber nicht der Fall. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß ein öffentliches Interesse an der "Bewährung des objektiven Rechts" nur insoweit besteht, als den Rechtsinhabern an einer Durchsetzung ihres Rechts überhaupt gelegen ist. [116] Daß die vertragliche Verpflichtung, eine Klageerhebung zu unterlassen oder die Vereinbarung der Unklagbarkeit eines Anspruchs - unabhängig von der rechtlichen Konstruktion einer solchen Abrede [117] - nicht unzulässig sein kann, ergibt sich schon aus folgender Überlegung: die Parteien haben in jedem Fall die Möglichkeit, eine materielle Verbindlichkeit einverständlich durch Vertrag aufzuheben oder in eine unvollkommene Verbindlichkeit umzuwandeln, [118] deren Erfüllung nicht erzwungen werden kann. Es ist also möglich, auf vertraglichem Wege die gerichtliche und außergerichtliche Durchsetzbarkeit [119] von Ansprüchen auszuschließen, weil dies gegenüber der völligen Aufhebung der Verbindlichkeit ein minus ist. [120] Bedenken, die gegen die Zulässigkeit der vereinbarten Unklagbarkeit eventuell bestehen können, weil durch eine solche Vereinbarung der sogenannte "Justizgewährungsanspruch" oder der Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne des Artikels 103 I GG berührt werden könnten, bestehen nicht gegen die Zulässigkeit der Verpflichtung zur Unterlassung der Klageerhebung. Denn diese Verpflichtung hat weniger weitreichende Folgen. Die Rechtsschutzfähigkeit wird dem Anspruch nicht genommen. Infolgedessen muß es erst recht in der Dispositionsmacht der Parteien liegen, sich zur Unterlassung der Klageerhebung zu verpflichten. Die Verpflichtung ist zulässig. [121]

---

116) Siehe oben S. 25 f.

117) Vgl. hierzu Stech S. 179 ff. m.w.N.

118) Lent NJW 1949, 510 ff.

119) Vgl. Pohle, Festschr. für Lent S. 215.

120) So auch Reichel IhJb 59 (1911), 409 ff. (446); ders. JW 1930, 2212; Baumbach-Lauterbach Grundz. 4 vor § 253; Schlosser S. 66 f.; OLG Hamburg ZZP 50 (1925), 312 mit zustimmender Anm. von Reichel. Für die Zulässigkeit der vereinbarten Unklagbarkeit außerdem Kohler Gruch 31 (1887), 298; Lent NJW 1949, 510 ff.; Pohle, Festschr. für Lent S. 214; Stech S. 179 ff. m.w.N.; Neumann S. 35; H. J. Hellwig, Systematik S. 89; RG JW 1930, 1062; OLG Königsberg LZ 1931, Sp. 1009. A.A. Barz S. 14 Fn. 14; Bunsen ZZP 35 (1906), 410; Comte JW 1930, 2053; Goldschmidt S. 310 Fn. 1605; Hoffmann S. 8 ff.; Kempf ZZP 73 (1960), 376; Kisch ZZP 51 (1926), 329; Mendelssohn Bartholdy JW 1930, 2052; Schiedermair S. 91 ff., soweit der Rechtsschutzanspruch betroffen ist. Die Rechtsnatur wird von den Autoren unterschiedlich beurteilt.

121) Soweit es sich um Teilklageabsprachen in Musterprozeßvereinbarungen handelt, wird diese Verpflichtung auch von Kempf ZZP 73 (1960), 378 ff. für zulässig gehalten.

Weniger weitreichende Folgen hat die Vereinbarung, einen bestimmten Anspruch nicht im Urkundenprozeß geltend zu machen, d.h. die Verpflichtung, die Parteihandlung des § 593 I ZPO i.V. mit der des § 253 V ZPO zu unterlassen. Das Verfahren des Urkundenprozesses soll es dem Kläger ermöglichen, ggf. sehr schnell zu einem Urteil zu gelangen, wenn er das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs mit Hilfe von Urkunden nachweisen kann. Schon die Vorschrift des § 592 Satz 1 ZPO zeigt deutlich, daß es dem Kläger grundsätzlich freisteht, ob er sich dieser an engere Voraussetzungen als im normalen Verfahren geknüpften Möglichkeit bedienen will. Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, werden von der Rechtsordnung ordentliches Verfahren und Urkundenprozeß gleichberechtigt zur Wahl gestellt. Das zeigt auch die Vorschrift des § 596 ZPO, nach der der Kläger bis zum Ende der mündlichen Verhandlung vom spezielleren Verfahren des Urkundenprozesses ohne weiteres zum ordentlichen Verfahren übergehen kann. Daran kann er z.B. interessiert sein, wenn er gemerkt hat, daß er seinen Anspruch mit Urkunden allein nicht wird nachweisen können. Diese Wahlmöglichkeit zeigt auch, daß das Verfahren des Urkundenprozesses nur im Interesse des Klägers, nicht etwa im Interesse der Rechtspflege, also nicht im öffentlichen Interesse, vorgesehen ist. Da es folglich im freien Belieben des Klägers steht, ob er von der besonderen Möglichkeit des Urkundenprozesses Gebrauch machen will, ist auch die vertragliche Verpflichtung, nicht im Urkundenprozeß zu klagen, zulässig. 122)

Die Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes durch Arrest bzw. einstweilige Verfügung bestehen im Interesse der Parteien, denen diese Möglichkeit zur Verfügung gestellt ist, um ihnen in Eilfällen ihre Ansprüche zu sichern. Ein öffentliches Interesse an der Offenhaltung dieses Rechtsschutzes besteht nicht, weil er allein im Parteiinteresse liegt. Folglich untersteht er der Dispositionsbefugnis der Parteien, die sich sogar zur Unterlassung der Klage überhaupt verpflichten können. Der Ausschluß des vorläufigen Rechtsschutzes hat weniger schwerwiegende Folgen, muß also erst recht zulässig sein. Gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Unterlassungsverpflichtung bestehen keine Bedenken. 123)

---

122) So auch Niese, Diss. S. 72 f., 93; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 271; Stech S. 181; A. Blomeyer § 30 VIII 2; Stein-Jonas-Schlosser § 592 Anm. VI; Zöller Anm. 1 vor § 592; Schönke-Schröder-Niese § 31 I; Rosenberg-Schwab 164 II 3; RGZ 160, 242. A.A. Kohler Gruch 31 (1887), 309 f.; Hellwig, System I § 151 I; ders. Festgabe für Gierke S. 89.

123) So auch schon Kohler Gruch 31 (1887), 310, der für die Verpflichtung, nicht im Urkundenprozeß zu klagen, anders entscheidet. Vgl. auch Niese, Diss. S. 93; Schlosser S. 73.

Das Gleiche gilt für die Zusage, ein bestimmtes Patent nicht mit der Patentnichtigkeitsklage anzugreifen. Nach § 13 I PatG wird ein Patent "auf Antrag (§ 37)" für nichtig erklärt, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Und § 37 I 1 PatG bestimmt, daß das Nichtigkeitsverfahren durch Klage eingeleitet wird. Die gesetzliche Regelung zeigt, daß die Nichtigerklärung nur möglich sein soll, wenn ein Betroffener sein Interesse daran geltend macht. Andernfalls hätte man eine Einleitung des Verfahrens von Amts wegen vorgesehen. Die vom Gesetz vorgesehene Verfahrensweise macht also deutlich, daß kein die Privatinteressen des Patentinhabers überwiegendes öffentliches Interesse daran besteht, daß nur Patente bestehen bleiben, durch die z.B. andere Rechte nicht verletzt werden. Es steht im freien Belieben des Einzelnen, ob er von der ihm gegebenen Klagemöglichkeit Gebrauch machen will oder nicht. Ein vorrangiges Interesse an der "Bewährung des objektiven Rechts" besteht nicht. Die Vorschrift des § 37 I 1 PatG ist also dispositiv. Andere gesetzliche Bestimmungen stehen einer Verpflichtung zur Unterlassung der Klageerhebung nicht entgegen. Auch diese vertragliche Vereinbarung ist zulässig. [124]

2. Verträge betreffend die Prozeßdurchführung

Etwas eingehender muß die Frage der Zulässigkeit von Verträgen untersucht werden, die die Prozeßdurchführung betreffen und die Vertragspartner zur Unterlassung bestimmter Rügen oder zur Erklärung eines Rügeverzichts verpflichten sollen. Beide Verpflichtungen können gleich behandelt werden. Zwar ist im einen Fall die Unterlassung, im anderen Fall die Vornahme einer Parteihandlung die gewollte Wirkung, die im Ergebnis angestrebte Konsequenz ist jedoch dieselbe: es soll einer Partei die Erhebung bestimmter Rügen unmöglich gemacht werden. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Normen über Rüge und Rügeverzicht der Parteidisposition unterliegen, sind verschiedene denkbare Fälle zu unterscheiden.

Zunächst kann sich der Vertrag auf Fälle beziehen, in denen Normen verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei nicht wirksam verzichten kann, also die Fälle, die in § 295 II ZPO angesprochen sind. Diese Bestimmung schließt eindeutig eine Disposition der Parteien in diesem Bereich aus. Soweit es sich um unverzichtbare Normen handelt, tritt durch die Unterlassung der Rüge keine Heilung des Verfahrensmangels ein, weil § 295 I ZPO nach § 295 II ZPO dann nicht anwendbar ist. Und aus dem gleichen Grund ist auch ein Verzicht nicht

124) So auch BGHZ 10, 23 = BGH NJW 1953, 1260 = BGH JZ 1953, 667; BGH NJW 1965, 491 f.; Schlosser S. 64; Krausse-Kathlun-Lindenmaier § 37 PatG Anm. 7-9. Vgl. auch die Regelung in § 20 II Nr. 4 GWB.

zulässig. Beides gilt unterschiedslos für vor Eintritt des Verfahrensfehlers und für später getroffene Absprachen, wobei der Wortlaut des § 295 ZPO allerdings auf den nachträglichen Rügeverzicht zugeschnitten ist. [125] Da die Unmöglichkeit des Verzichts auf die Befolgung bestimmter Verfahrensnormen im öffentlichen Interesse an der Offenhaltung der geordneten Möglichkeit zur Durchsetzung privater Rechte liegt, ist der Verzicht ausgeschlossen. Die Parteien können sich über § 295 II ZPO nicht hinwegsetzen. Welche Normen im einzelnen unverzichtbar sind, muß jeweils unter Abwägung von Parteiinteressen und öffentlichem Interesse festgestellt werden. Wenn der Verzicht nicht zulässig ist, so kann auch eine mit dem gleichen Ziel gegebene Unterlassungszusage nicht zulässig sein.

Betrifft der Vertrag die Rüge von Verfahrensnormen, auf deren Befolgung die Partei verzichten kann, also die von § 295 I ZPO angesprochenen Fälle, so bestehen gegen die Zulässigkeit keine Bedenken, falls die Verpflichtung erst nach Geschehen des Verfahrensfehlers eingegangen wurde. § 295 I ZPO zeigt, daß der Verzicht jedenfalls in diesen Fällen zulässig ist. Verzicht oder Rügeerhebung stehen hier im freien Belieben der Partei, die nach Eintritt des Verfahrensfehlers auch voll übersehen kann, welche Folgen die Unterlassung der Rüge haben kann. Ebenso wie der ausdrückliche Verzicht oder die Unterlassung der Rüge möglich sind, müssen auch die darauf abzielenden vertraglichen Verpflichtungen zulässig sein. Es besteht kein öffentliches Interesse an der Erhebung von Verfahrensrügen; folglich können die Parteien ihren Interessen entsprechend über die betreffenden Parteihandlungen disponieren, jedenfalls nach Geschehen des Verfahrensfehlers. [126]

Die vertragliche Verpflichtung zur Unterlassung einer Rüge i. S. des § 295 I ZPO oder zum Verzicht auf eine derartige Rüge wird jedoch im allgemeinen für unzulässig oder prozessual wirkungslos bzw. unbeachtlich gehalten, wenn sie bereits vor dem Verstoß gegen die Verfahrensvorschrift eingegangen wurde, es sich also um eine "antizipierte Rügeunterlassungs- bzw. Rügeverzichtsverpflichtung" handelt. [127] Baumgärtel hält die Zusage der Rügeunterlassung für "prozessual un-

125) So auch Schlosser S. 40.

126) Sofern in der Literatur die Verpflichtung zur Unterlassung von Rügen oder zum Rügeverzicht für unzulässig gehalten wird, ist stets nur die schon vor Eintritt des Verfahrensfehlers eingegangene Verpflichtung gemeint. Nicht ganz eindeutig allerdings Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 270 f., der der Partei die Entscheidungsmöglichkeit bis zur nächsten mündlichen Verhandlung offenhalten will.

127) So Hellwig, Festgabe für Gierke S. 89 im Gegensatz zu System I § 151 I; Reichenheim S. 36 f.; Nikisch § 55 II 2; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 270 f.; Schlosser S. 47; Schönke-Kuchinke § 31 V 1; Baumbach-Lauter-

beachtlich", weil dadurch die Entschlußfreiheit der Partei zu sehr eingeschränkt werde, sieht sie allerdings als materiellrechtlich gültig an. [128] Offenbar spricht er sich damit gegen die Zulässigkeit der Vereinbarung aus. Er ist der Meinung, daß gem. § 295 I ZPO die Partei bis zur nächsten mündlichen Verhandlung die Möglichkeit haben müsse, sich für oder gegen eine Rüge des Verfahrensmangels zu entscheiden. Eine vorherige Bindung widerspreche dem Normzweck, und das Vertrauen des Gegners sei nicht schutzwürdig, weil nur ein prozeßordnungswidriges Vorgehen ermöglicht werden solle.

Diese Meinung verkennt jedoch Sinn und Zweck des § 295 I ZPO. Denn die Vorschrift soll nicht in erster Linie dazu dienen, die Entschlußfreiheit der Parteien möglichst lange zu erhalten. Hauptinhalt ist vielmehr die Androhung der Präklusion im Fall der nicht rechtzeitigen Rüge des Verfahrensmangels. [129] Die Entschlußfreiheit der Partei soll gerade eingeschränkt werden, damit die Einhaltung von Verfahrensnormen, auf deren Befolgung die Parteien verzichten können, nicht zum Selbstzweck erhoben wird. Der Gedanke der Wahrung der Entschlußfreiheit bietet also kein Argument gegen die Zulässigkeit vertraglicher Verpflichtungen zur Rügeunterlassung oder zur Erklärung des Rügeverzichts. Aus § 295 I ZPO läßt sich die Unzulässigkeit nicht begründen.

Schlosser spricht sich gegen die Zulässigkeit des sogenannten "vereinbarten antizipierten Rügeverzichts im engeren Sinne" aus. [130] Er hält die Vereinbarung der Parteien, gegebenenfalls eine Rüge zu unterlassen, die er der vorherigen einverständlichen Legalisierung des fehlerhaften Verfahrens gegenüberstellt, wegen der Gefahr der Prozeßverschleppung für unzulässig. Das öffentliche Interesse an der Prozeßbeschleunigung stehe einer derartigen Vereinbarung entgegen

---

Fortsetzung der Fn. 127) von S. 32:
bach § 295 Anm. 2 B; Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 295 Anm. III; Thomas-Putzo § 295 Anm. 2a; RG JW 1906, 395; RGZ 133, 218; 135, 119, A.A. Ebbecke ZZP 48 (1920), 159; Hellwig, System I § 151 I; anscheinend auch H. J. Hellwig, Systematik S. 86.

128) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 270 f., 269.

129) So auch Hellwig, System I § 173 V 2 b; H. J. Hellwig, Systematik S. 86; Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 295 Anm. I.

130) Schlosser S. 47, 41. Er untersucht diese Vereinbarung unter dem Gesichtspunkt ihrer Bindungswirkung für die Parteien. Vgl. hierzu oben S. 27 f. Dennoch scheint er hier Wirksamkeit und Zulässigkeit gleichzusetzen, weil er einen Interessengegensatz zwischen Zulässigkeit außergerichtlicher Prozeßvereinbarungen und Verfahrensbeschleunigung bildet (vgl. Schlosser S. 47), dann aber wieder von der Wirksamkeit spricht.

und überwiege die Parteiinteressen. Denn das Gericht müsse erst über die Vereinbarung Beweis erheben, wenn deren Bestehen bestritten werde.

Die Argumentation erscheint wenig überzeugend. Das Gericht muß auch bei anderen Parteivereinbarungen gegebenenfalls Nachprüfungen anstellen und unter Umständen sogar Beweis erheben, wenn ihr Bestehen bestritten wird. Dies gibt auch Schlosser für die Klagerücknahme- und Rechtsmittelverzichtsverträge zu. Ihre "Wirksamkeit" lehnt er jedoch nicht ab, weil ein positives Ergebnis der gerichtlichen Nachprüfung zu einer erheblichen Verfahrensverkürzung führe. [131] Um einer Prozeßverschleppung durch die Parteien begegnen zu können, hat das Gericht nach § 279 ZPO die Möglichkeit, nachträglich vorgebrachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel unter bestimmten Voraussetzungen zurückzuweisen. Diese Vorschrift reicht meistens aus, um absichtlich herbeigeführte Verfahrensverzögerungen zu verhindern. Es ist deshalb nicht notwendig, nur solche Parteivereinbarungen für zulässig zu halten, deren im Prozeß bewiesene Existenz zu einer Verfahrensverkürzung führt, oder außergerichtliche Vereinbarungen für unzulässig zu halten, weil ihre Nachprüfung Zeit in Anspruch nimmt. Der Beschleunigungsgrundsatz steht der Zulässigkeit eines zur Rügeunterlassung bzw. zum Rügeverzicht verpflichtenden Vertrages nicht entgegen. Auch im übrigen bestehen gegen die Zulässigkeit keine Bedenken. Die Parteihandlungen der Rüge und der Erklärung des Rügeverzichts stehen grundsätzlich im freien Belieben der rügeberechtigten Partei, soweit Normen betroffen sind, die überwiegend im Parteiinteresse bestehen, auf deren Befolgung die Partei also "wirksam verzichten kann". [132] In diesem Bereich besteht auch kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Einhaltung der Verfahrensvorschriften.

Und ebensowenig spricht ein öffentliches Interesse gegen eine vertragliche Disposition der Parteien über ihre Rügeberechtigung, auch dann nicht, wenn sie vor Geschehen des eine Rüge an sich ermöglichenden Verfahrensfehlers getroffen wurde. Wie bereits ausgeführt wurde, läßt die Vorschrift des § 295 I ZPO kein öffentliches Interesse an der Wahrung der Entschlußfreiheit der Partei erkennen.

Das öffentliche Interesse am Schutz der Parteien vor allzu übereilten vertraglichen Zusagen kann dadurch berücksichtigt werden, daß die Verpflichtung stets nur bei ausreichender inhaltlicher Bestimmtheit als gültig angesehen werden kann. [133] Folglich ist auch die vor Geschehen des Verfahrensfehlers vertraglich zugesagte Unterlassung einer Verfahrensrüge bzw. das Versprechen, den Rügeverzicht zu erklären, zulässig, soweit es sich um Verstöße gegen Verfahrensnormen

131) Schlosser S. 47.
132) Vgl. die Formulierung in § 295 II ZPO.
133) Vgl. dazu unten S. 46 bei Fn. 170.

handelt, auf deren Befolgung die Parteien verzichten können. [134]

Ebenfalls die Prozeßdurchführung betreffen die Vereinbarungen, in denen eine Partei der anderen verspricht, kein Anerkenntnis abzugeben bzw. keinen Verzicht zu erklären oder eine erhobene Klage nicht zurückzunehmen, also die häufig in Musterprozeßvereinbarungen getroffenen Abreden, die der Erzielung eines in der Sache entscheidenden Urteils dienen sollen. Die für ihre Zulässigkeit entscheidende gewollte Hauptwirkung ist jeweils die Unterlassung der betreffenden Parteihandlung. Und die Vornahme oder Unterlassung dieser Parteihandlungen steht im Belieben der Parteien. Es ist gerade das Wesen des Verzichts i.S. des § 306 ZPO, daß der Kläger die Möglichkeit hat, die Geltendmachung des prozessualen Anspruchs aufzugeben, es steht ihm frei, die Rechtsfolgebehauptung fallen zu lassen. Voraussetzung ist nur, daß ihm die Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand zusteht. Öffentliche Interessen werden durch die Entscheidung der Partei nicht berührt. Von der Rechtsordnung wird auf den Kläger keinerlei Druck ausgeübt, den Verzicht zu erklären, abgesehen von den evtl. höheren Kosten bei Durchführung des Prozesses bis zum streitigen Endurteil. Entsprechendes gilt mit umgekehrten Vorzeichen auch für das Anerkenntnis i.S. des § 307 ZPO. Der Verzicht ist ebenso wie das Anerkenntnis eine Willens- und keine Wissenserklärung, [135] die die Partei auch abgeben kann, wenn sie vom Bestehen bzw. Nichtbestehen des geltend gemachten Anspruchs überzeugt ist. Die Partei kann also nach ihrem Gutdünken den Prozeß weiterführen oder durch Verzicht bzw. Anerkenntnis abkürzen. Die Normen der §§ 306 bzw. 307 ZPO, die nur die Folgen, nicht auch die Voraussetzungen von Verzicht und Anerkenntnis regeln, sind insoweit dispositiv. Folglich ist auch eine vertragliche Bindung der Parteien, durch die sie sich zur Unterlassung der entsprechenden Parteihandlung verpflichten, zulässig. [136]

Nichts anderes gilt für das Versprechen, die einmal erhobene Klage nicht zurückzunehmen. Die Vorschrift des § 271 ZPO zeigt, daß auch die Klagezurücknahme eine im Belieben des Klägers stehende Parteihandlung ist, die allerdings nach Beginn der mündlichen Verhandlung nur mit Einwilligung des Beklagten wirksam ist (§ 271 I ZPO). Die Prozeßordnung überläßt es grundsätzlich zunächst dem Kläger, ob er sein Gesuch um die Gewährung von Rechtsschutz, das er mit

---

134) Zum Meinungsstand vgl. oben S. 32 bei Fn. 127.

135) Vgl. dazu Arens S. 215 ff.; Rosenberg-Schwab § 134 IV 7a.

136) Rosenberg § 63 II; Arens S. 220; Kempf ZZP 73 (1960), 346 ff. sieht eine solche Verpflichtung anscheinend generell in Musterprozeßabreden, hält sie also offenbar auch für zulässig. A.A. Nikisch § 55 II a.E. mit dem Argument der Erhaltung der Entschlußfreiheit. Vgl. dazu oben S. 27 f.

der Klageerhebung gestellt hat, aufrecht erhalten will. In § 271 ZPO sind die Voraussetzungen der Klagezurücknahme abschließend aufgeführt. Ebenso wie der Kläger durch Verzicht die Rechtsfolgebehauptung aufgeben kann, kann er durch die Klagezurücknahme sein Rechtsschutzgesuch widerrufen. [137] Die Regelung der Klagezurücknahme ist insoweit dispositiv. Öffentliche Interessen können jedenfalls der Durchführung des Verfahrens bis zum streitigen Endurteil nicht entgegenstehen, weil die Prozeßordnung dieses Verfahren gerade den Parteien für die Durchsetzung ihrer Rechte zur Verfügung stellt. Also muß auch eine Verpflichtung zulässig sein, durch die eine Partei die vollständige Inanspruchnahme dieses Verfahrens verspricht.

Bei der Verpflichtung, kein Versäumnisurteil zu beantragen, sind zwei verschiedene mögliche Fallgestaltungen zu unterscheiden:
Einmal können die Parteien vereinbart haben, in einem bestimmten Rechtsstreit ganz generell überhaupt kein Versäumnisurteil zu beantragen. Daran kann ihnen im Zuge eines Musterprozesses gelegen sein.

Denkbar ist aber auch, daß sich die Parteien lediglich verpflichtet haben, in einem bestimmten Verhandlungstermin oder bis zu einem vorher festgelegten Zeitpunkt kein Versäumnisurteil zu beantragen. Diese Absprache wird häufig zwischen Anwälten getroffen, sofern es nicht überhaupt örtlicher "allgemein geübter Brauch" der Anwaltschaft [138] ist, kein Versäumnisurteil zu beantragen, wenn auch der Gegner durch einen Rechtsanwalt vertreten ist, bzw. Versäumnisurteil erst nach Androhung zu beantragen.

Die erste Gruppe von Absprachen wird verschiedentlich für unzulässig gehalten bzw. als für den Prozeß unbeachtlich angesehen. [139] Als Begründung wird angeführt, daß die Partei mit einer solchen Vereinbarung auf allgemeine Befugnisse der Prozeßführung verzichte. Der Gegner könne durch ständige Säumnis den Erlaß einer Entscheidung überhaupt verhindern. Man sieht also offenbar das öf-

137) Vgl. Rosenberg-Schwab § 134 V 1; RGZ 100, 125.

138) Vgl. hierz Niese, Diss. S. 91; BAG NJW 1965, 1041 m.w.N.; LG Braunschweig NdsRpfl 1951, 102; LG Köln MDR 1952, 496. Zur standesrechtlichen Beurteilung vgl. § 16 Nr. 2 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes vom 11.5.1957, abgedruckt bei A. Bülow Anhang I.

139) Stein-Jonas-Schumann-Leipold Vorb. III 1 b vor § 330; Reichel IhJb 59 (1911), 450; A.A. Schlosser S. 94 ff. (96). Unklar Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 271, der sich zwar ohne Differenzierung für die Zulässigkeit ausspricht, aber auf Stein-Jonas, 18. Aufl., Vorb. III 1 vor § 330 verweist, wo Unzulässigkeit angenommen wird. In ZZP 69 (1956), 123 nimmt Baumgärtel offenbar auch Zulässigkeit an.

fentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege als gefährdet an. Tatsächlich bestehen insofern Bedenken. Schon die Vorschrift des § 345 ZPO über das zweite Versäumnisurteil zeigt, daß grundsätzlich verhindert werden soll, daß die Säumnis zur Blockierung des gesamten Verfahrens benutzt wird. Daraus läßt sich jedoch nicht die Unzulässigkeit der Vereinbarung herleiten. Denn die Vorschriften über das Versäumnisverfahren dienen in erster Linie Parteiinteressen. Die erschienene Partei soll durch die Säumnis des Gegners keine Nachteile erleiden. Die säumige Partei trägt die prozessuale Last, daß eventuell auch ohne ihre Anwesenheit zu ihren Ungunsten entschieden werden kann (§ 330 bzw. § 331 ZPO). Das öffentliche Interesse an einer schnellen Streitbeendigung ist nur sekundär. Daraus folgt, daß die Vorschriften über das Versäumnisverfahren insofern dispositiv sind, als die Parteien selbst entscheiden können, ob sie von dieser Verfahrensmöglichkeit Gebrauch machen wollen oder nicht. [140] Daher muß es auch zulässig sein, sich zu verpflichten, keinen Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils zu stellen. Daß damit die ständig säumige Partei die Möglichkeit erhält, den Fortgang des Verfahrens zu verhindern, steht dem nicht entgegen. Erstens wird gerade in Musterprozeßvereinbarungen zusätzlich eine Verpflichtung begründet werden können, das Verfahren nicht zu verzögern, also zu erscheinen und zu verhandeln. Und außerdem können die Parteien es auch durchaus in Kauf genommen haben, daß keine Entscheidung ergehen kann. Sie hätten ja auch den Anspruch überhaupt unklagbar machen können. [141] Die vertragliche Verpflichtung, in einem bestimmten Rechtsstreit überhaupt kein Versäumnisurteil zu beantragen, ist also zulässig.

Die zweite Form derartiger Vereinbarungen, in der die Unterlassung des Antrags auf Erlaß eines Versäumnisurteils nur bis zu einem festgelegten Zeitpunkt zugesagt wird, hat weniger weitgehende Folgen. Trotzdem wird auch hier gelegentlich Unzulässigkeit angenommen. [142] Nachdem bereits die für ein Verfahren als Ganzes eingegangene Verpflichtung als zulässig erkannt wurde, besteht jedoch kein Grund, die weniger einschneidende Absprache für unzulässig zu halten. Auch hier steht kein öffentliches Interesse einer derartigen Verpflichtung

---

140) Das zeigt sich auch daran, daß die erschienene Partei entweder den besonderen Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils stellen oder nach § 331 a ZPO Entscheidung nach Lage der Akten beantragen kann.

141) So auch Schlosser S. 96. Auch bleibt ggf. eine Entscheidung nach Aktenlage (§ 331 a ZPO) möglich.

142) Für Unzulässigkeit bzw. Unbeachtlichkeit Reichel IhJb 59 (1911), 450; LAG Nürnberg, Entsch. des Reichsarbeitsgerichts u. der Landesarbeitsgerichte Bd. I, 2 (1928), 245 mit zust. Anm. von Gerstel.

der Parteien entgegen. Auch diese vertragliche Bindung ist zulässig. [143]

Das Versäumnisverfahren betrifft auch die Vereinbarung, durch die sich eine Partei der anderen gegenüber verpflichtet, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. Es handelt sich also um die Zusage, im Prozeß nicht zu erscheinen und nicht zu verhandeln. Meist ist mit dieser Verpflichtung noch der Verzicht auf den Einspruch gegen das dann ergehende Versäumnisurteil verbunden. [144] Baumgärtel [145] hält diese Verpflichtung für "prozessual unbeachtlich", ist aber der Meinung, daß sie eventuell materiellrechtlich gültig sein könne. Auch hier wird prozessuale Unbeachtlichkeit wieder mit prozessualer Unzulässigkeit gleichgesetzt. Er gibt für seine Auffassung zwei Begründungen. Zum einen schränke eine solche Verpflichtung die prozessualen Befugnisse der Partei zu sehr ein, weil die Grundlage des Versäumnisurteils, d. h. die freie Entscheidung der Partei für das Ausbleiben, [146] im Falle einer entsprechenden vertraglichen Bindung fehle. [147] Außerdem werde das Gericht an seiner Aufgabe gehindert, ein der wahren Sachlage entsprechendes Urteil zu finden, wenn es etwa trotz Anwesenheit und Verhandlungsbereitschaft der vertragswidrig erschienenen Partei ein Versäumnisurteil erlassen, die Partei also als säumig behandeln müsse. [148]

Auch die übrige Lehre ist überwiegend der Meinung, daß eine solche Vereinbarung unzulässig sei, [149] gibt aber im allgemeinen keine Begründung.

Meist wird auch der mit dieser Verpflichtung häufig verbundene Einspruchsverzicht als unzulässig angesehen, weil die Unzulässigkeit der Verpflichtung zur Säumnis auch den Einspruchsverzicht erfasse [150] oder weil ein solcher Verzicht

---

143) So auch Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 271; Schlosser S. 95; Stein-Jonas-Schumann-Leipold Vorb. III 1 b vor § 330; LG Braunschweig NdsRpfl 1951, 102; LG Köln MDR 1952, 496, wo angenommen wird, daß infolge des örtlichen Anwaltsbrauchs ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen habe.

144) Siehe oben S. 17.

145) Prozeßhandlung S. 212, 269 f.

146) Prozeßhandlung S. 212.

147) So auch Lent-Jauernig § 66 I a.E.

148) Prozeßhandlung S. 270. Ähnlich Trutter S. 421, der von einem Entzug der Urteilsgrundlagen spricht.

149) Dittrich S. 16 f.; Goldschmidt S. 311; Hellwig, Festgabe für Gierke S. 89; Nikisch §§ 55 II a.E., 76 VI 6; Oertmann ZZP 45 (1915), 421; Rosenberg § 106 I 3; Trutter S. 421. A.A. Kohler Gruch 31 (1887), 298.

150) Baumgärtel Prozeßhandlung S. 212.

dem Zweck des Einspruchsverfahrens widerspreche. [151]

Die für die Unzulässigkeit der vertraglichen Verpflichtung, Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen, und die Unzulässigkeit des vorherigen Einspruchsverzichts angeführten Begründungen lassen sich letztlich folgendermaßen zusammenfassen: In einem solchen Fall fehle die Grundvoraussetzung für ein Versäumnisurteil, nämlich das auf der freien Entscheidung der Partei beruhende Einverständnis mit dem Erlaß dieses besonderen Urteils. Das aber ist ein verfehltes Argument. Im Normalfall, d.h. wenn keine vertragliche Vereinbarung getroffen wurde, hat es die Partei völlig in der Hand, ob sie zu einem Verhandlungstermin erscheinen und dort verhandeln will oder ob sie den Erlaß eines Versäumnisurteils riskieren will, und schließlich auch, ob sie gegen ein ergangenes Versäumnisurteil Einspruch einlegen will oder nicht. Sie kann also durch ihre freiwillige "Unterwerfung" die Grundlage für das Versäumnisurteil schaffen. Nicht anders ist es aber auch im Fall einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung zur Unterlassung bestimmter Prozeßhandlungen, d.h. des Erscheinens, Verhandelns und der Einspruchseinlegung. Im einen Fall verhält sich die Partei tatsächlich aus freiem Entschluß in einer bestimmten Weise, im anderen verpflichtet sie sich, ebenfalls aus freiem Entschluß, zu eben jenem tatsächlichen Verhalten. Beides bedeutet in gleicher Weise eine "Unterwerfung" unter das Pauschalverfahren, von der die Partei auch in beiden Fällen nicht mehr einseitig abrücken kann. In beiden Fällen wird freiwillig die Grundvoraussetzung für den Erlaß des Versäumnisurteils geschaffen.

Einer entsprechenden vertraglichen Bindung stehen auch keine öffentlichen Interessen entgegen. Eine prozessuale Pflicht zum Erscheinen und Verhandeln gibt es nicht, wie die Regelung des Versäumnisverfahrens mit der Androhung prozessualer Lasten zeigt. Die sich verpflichtende Partei bedarf auch keines besonderen Schutzes vor derartigen vertraglichen Bindungen. Eine gesondert und sorgfältig zu prüfende Frage ist allerdings die der Sittenwidrigkeit eines solchen Vertrages. Sie aber betrifft nicht die Frage der generellen Zulässigkeit, sondern nur die der Wirksamkeit der Verpflichtung im konkreten Fall.

Nach allem sind sowohl die vertragliche Verpflichtung, in einem bestimmten Verfahren Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen, als auch der vorherige vertragliche Verzicht auf den Einspruch gegen das dann ergehende Versäumnisurteil zulässig.

---

151) Kohler Gruch 31 (1887), 288; Habscheid NJW 1965, 2375. A.A. Förster-Kann § 346 Anm. 1; Skonietzky-Gelpcke § 346 Anm. 1 A a; Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 341 Anm. I 1 c, § 346 Anm. II; Zöller § 341 Anm. 1 d; Rosenberg-Schwab § 108 VII 2 c; OLG Celle SeuffA 54 (1898), Nr. 50.

Die Prozeßdurchführung betreffen schließlich noch die vertraglichen Verpflichtungen zur Einlegung bestimmter Rechtsmittel in einem Verfahren bzw. zur Erteilung der Einwilligung zur Einlegung der Sprungrevision nach § 566 a II ZPO. Die verschiedenen Rechtsmittel sind den Parteien von der Verfahrensordnung zur Verfügung gestellt. Jede Partei kann grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob sie sich in einem Prozeß mit dem ergangenen Urteil zufrieden geben oder den Instanzenzug ausschöpfen will. Ein öffentliches Interesse an einer solchen Erschöpfung des Instanzenweges besteht nicht. Die Rechtsmittelmöglichkeiten bestehen vorwiegend im Interesse der Parteien, die die Möglichkeit erhalten sollen, zu einem möglichst richtigen Urteil zu gelangen. Infolgedessen sind die Vorschriften über die verschiedenen Rechtsmittel insoweit dispositiv, als es um ihre Einlegung oder Nichteinlegung geht. Es bestehen daher keine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer vertraglichen Verpflichtung zur Rechtsmitteleinlegung bzw. zur Erklärung der Einwilligung nach § 566 a II ZPO. [152]

3. Verträge betreffend die Prozeßbeendigung

Von den Verträgen, die die Prozeßbeendigung betreffen, ist das Klagerücknahmeversprechen in Literatur und Rechtssprechung besonders eingehend behandelt worden. Der Regelfall ist die Zusage, die nach der Klageerhebung gegeben wird, also während eines anhängigen Verfahrens. Daß ein derartiges Versprechen bereits vor Klageerhebung gegeben wird, kommt praktisch wohl nicht vor, zumal hierfür die Unklagbarkeitsabrede in ihren verschiedenen Formen zur Verfügung steht. In der Praxis ist das Klagerücknahmeversprechen meist Bestandteil eines außergerichtlichen Vergleichs. Entsprechendes gilt auch für das Versprechen, ein eingelegtes Rechtsmittel zurückzunehmen. Zwischen beiden Fällen bestehen keine charakteristischen Unterschiede. Sowohl für die Klage als auch für die Rechtsmittel ist die Rücknahmemöglichkeit vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen (vgl. §§ 271, 515, 566 ZPO). Die Vorschriften zeigen, daß es grundsätzlich im Belieben der Partei steht, Klage oder Rechtsmittel zurückzunehmen, wobei allerdings nach Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten bzw. Rechtsmittelbeklagten dessen Einwilligung für die Wirksamkeit der Rücknahme erforderlich ist. Die Vorschriften über die Rücknahme bestehen im Interesse der Partei, der es ermöglicht werden soll, die weitere Verfolgung ihrer Rechte aufzugeben, wenn sie dies für zweckmäßig hält. Es besteht kein öffentliches Interesse daran, einen Rechtsstreit bis zum Urteil oder zum letztinstanzlichen Urteil durchzuführen. Willkürlichen Handlungen des Klägers bzw. Rechtsmittelführers

152) Von der Zulässigkeit wird auch ausgegangen von Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 41, 54; Pastor S. 63; BGHZ 28, 208 ff. (210).

ist eine Grenze durch die Kostenregelung des § 271 III Satz 2 bzw. § 515 III Satz 1 ZPO gesetzt. Die Vorschriften sind folglich dispositiv, und daher können sich die Prozeßparteien auch vertraglich zur Zurücknahme von Klage oder Rechtsmitteln verpflichten. Auch in der Literatur und Rechtsprechung werden derartige Vereinbarungen ganz überwiegend für zulässig gehalten. [153] Die Gegenmeinung ist inzwischen widerlegt, vor allem durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Die Prozeßbeendigung betrifft auch die Vereinbarung der Parteien, einen außergerichtlich bereits abgeschlossenen Vergleich gerichtlich beurkunden zu lassen und ihn dadurch zum Prozeßvergleich zu machen. Das Institut des Prozeßvergleichs ist den Parteien von der Prozeßordnung zur Verfügung gestellt, um einerseits eine einfache und schnelle Streitbeendigung und andererseits auch eine klare Abwicklung zu ermöglichen, die sich auch schnell verwirklichen läßt, da der Prozeßvergleich gem. § 794 I Nr. 1 ZPO ein Vollstreckungstitel ist. Die Parteien sollen nicht gezwungen werden, den Prozeß bis zum Endurteil zu führen, wenn sie unter sich eine Einigung über den Streitstoff herbeiführen können. Es besteht sogar ein öffentliches Interesse parallel zum Interesse der Parteien; durch den Abschluß von Prozeßvergleichen werden die Gerichte entlastet. [154] Öffentliche Interessen können dem Interesse der Parteien am Abschluß eines Prozeßvergleichs und damit auch an der gerichtlichen Beurkundung eines außergerichtlich bereits abgeschlossenen Vergleichs nicht entgegenstehen. Folglich sind die Vorschriften der Prozeßordnung dispositiv, was die Möglichkeit der Parteien angeht, einen außergerichtlichen Vergleich zum Prozeßvergleich zu erheben. Die Parteien

---

153) Für die Zulässigkeit u.a. Baumbach-Lauterbach § 271 Anm. 2 B, § 515 Anm. 2 C; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 260; ders., Festschrift für Schima S. 41, 49 ff.; Barz S. 17, 67 ff.; Benkendorff S. 54; A. Blomeyer § 30 VIII 2; H. J. Hellwig, Systematik S. 89; Herschel JW 1933, 2947; Matzke S. 15; Niese S. 28; ders., Diss. S. 71; Nikisch § 69 III 2; Rosenberg-Schwab § 131 I 2; Schiedermair S. 68 ff.; Schlosser S. 69, 81; Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 271 Anm. I 3; Stein-Jonas-Grunsky § 515 Anm. V; Zöller § 271 Anm. I 2, § 515 Anm. 1; RGZ 102, 217 (220 ff.); 159, 186; 123, 85 ff.; BGH NJW 1961, 460; BGH NJW 1964, 549; BGHZ 41, 3 ff. (5); OLG Nürnberg NJW 1966, 1666. A.A. Hellwig, Anspruch S. 162; ders., Festgabe für Gierke S. 90; ders. Lb. I S. 177; ders. System I § 137 III 3; Goldschmidt S. 311 Fn. 1616, S. 458; ders. § 61 2; Reichenheim S. 41; Wieczorek § 271 Anm. B V.

154) Dieses Interesse kommt z.B. in §§ 296, 495 II ZPO, 54, 57 II ArbGG zum Ausdruck, wo ein Sühne- bzw. Güteverfahren vorgesehen ist und die gütliche Erledigung des Rechtsstreits während des ganzen Verfahrens angestrebt werden soll.

können frei darüber entscheiden, ob sie von dieser Möglichkeit - allerdings dann unter Beachtung zwingender Formerfordernisse - Gebrauch machen wollen oder nicht. Eine Vereinbarung, durch die sich die Parteien zu einem entsprechenden Vorgehen verpflichten, ist deshalb ebenfalls zulässig. [155]

4. Verträge betreffend die Ernennung von Schiedsrichtern

Für die Vereinbarung über die Ernennung von Schiedsrichtern, aus der für die Parteien prozessuale Pflichten entstehen können, [156] ergeben sich in der Frage der Zulässigkeit keine Schwierigkeiten. Das Gesetz selbst sieht derartige Vereinbarungen in § 1028 ZPO und in § 1025 II ZPO vor, bzw. geht von der Möglichkeit aus, daß solche Abreden zwischen den Parteien getroffen werden. Die Zulässigkeit kann angesichts der gesetzlichen Regelung nicht zweifelhaft sein.

IV. Zwischenergebnis

Die Untersuchung der Zulässigkeit prozessualer Verpflichtungsverträge hat gezeigt, daß sich der allgemeine Zulässigkeitsbereich derartiger Absprachen mit dem Bereich des dispositiven Rechts deckt. D. h. die Parteien sind grundsätzlich in der Lage, vertragliche Dispositionen über ihr prozessuales Verhalten zu treffen, soweit diese Dispositionen nicht darauf gerichtet sind, zwingendes Recht auszuschalten oder zu modifizieren. Eine vertragliche Verpflichtung zur Vornahme bzw. Unterlassung einer Parteihandlung ist unter Abwägung der öffentlichen Interessen und der Parteiinteressen im Einzelfall daraufhin zu untersuchen, ob sie sich im Rahmen der Dispositionsmacht der Parteien hält.

155) So auch Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 274; ders., Festschrift für Schima S. 51 ff.; Barz S. 71 f.; Matzke S. 53; Stein-Jonas, 18. Aufl., § 794 Fn. 38 b; Schiedermair S. 179 f. Zu den Formerfordernissen für den Vergleich siehe oben S. 20 f.

156) Siehe oben S. 20 ff.

§ 3 Anwendbare Normen

I. Allgemeines

Die dritte bei der Betrachtung der vertraglichen Verpflichtungsgründe zu klärende Frage ist die nach den im übrigen auf solche Verpflichtungen anzuwendenden Normen. Wenn die Zulässigkeit festgestellt ist, so muß ein Maßstab gewonnen werden für die Beurteilung des Zustandekommens, der Gültigkeitserfordernisse und der Modalitäten der Beseitigung solcher prozessualer vertraglicher Verpflichtungen.

Infolge der zivilprozessualen Rechtsnatur der Verträge, die sich aus ihren gewollten Hauptwirkungen ergibt, sind die auf die Verpflichtungen anwendbaren Normen dem Zivilprozeßrecht zu entnehmen. [157] Insofern herrscht das Prozeßrecht auch über den Tatbestand dieser Vereinbarungen. [158] Die Zivilprozeßordnung enthält jedoch keinerlei Regelungen über den Tatbestand prozessualer Verträge, auch nicht soweit sie im Gesetz erwähnt sind. Sämtliche den Tatbestand einer Parteihandlung regelnden Vorschriften sind eindeutig auf einseitige Handlungen zugeschnitten, für die meisten Fragen fehlen solche Bestimmungen aber vollkommen. [159] In einem solchen Fall bleibt als Ausweg nur der Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze. Sie kommen für den hier interessierenden Bereich im bürgerlichen Recht zum Ausdruck. Denn dort ist das Institut des Vertrages ausführlich geregelt. Falls also besondere prozeßrechtliche Vorschriften fehlen, sind die im bürgerlichen Recht gesetzlich niedergelegten allgemeinen Rechtsgrundsätze heranzuziehen. Entsprechend wird z. B. auch beim Verwaltungsvertrag verfahren, für dessen Zustandekommen trotz der öffentlichrechtlichen Natur bürgerlichrechtliche Grundsätze maßgebend sind. [160] Zu prüfen bleibt allerdings jeweils, ob nicht das Prozeßrecht ihrer Anwendung im Einzelfall entgegensteht. Baumgärtel [161] geht bei der Prüfung der anwendbaren Normen etwas anders vor. Er untersucht für jeden einzelnen Vertrag auf Grund einer Wertung, ob für die Ausgestaltung des Tatbestandes eher Grundsätze des Prozeßrechts oder

157) Für die Beurteilung der Zulässigkeit vgl. schon oben S. 23 f.

158) Vgl. hierzu Benkendorff S. 31; Gradhandt S. 44; Kemmerzell S. 74; H. J. Hellwig, Systematik S. 42; Schiedermair S. 39 m. w. N. A. A. Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 278.

159) Vgl. Nikisch § 55 III 2; H. J. Hellwig, Systematik S. 91.

160) Vgl. hierzu VG Freiburg JZ 1951, 788 (789); Kottke S. 60 ff. m. w. N.

161) Prozeßhandlung S. 184 ff.

solche des bürgerlichen Rechts geeignet sind. Wenn er auch letzteres im allgemeinen annimmt, so ist nicht ausgeschlossen, daß er die betreffenden bürgerlichrechtlichen Grundsätze als Teil des Prozeßrechts ansieht. [162] Im Folgenden soll untersucht werden, welche Normen auf die vertraglichen Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen in einzelnen Bereichen anwendbar sind.

II. Einzelfragen

1. Abschlußmodalitäten

Im Bereich der Abschlußmodalitäten für prozessuale Verpflichtungsverträge enthält die Zivilprozeßordnung für die Frage des Zustandekommens keine eigenen Regelungen. Es müssen deshalb die im bürgerlichen Recht entwickelten Grundsätze angewandt werden. Für Angebot und Annahme, für die Auslegung dieser Willenserklärungen, für die Frage ihres Wirksamwerdens und für offenen und versteckten Dissens gelten die in den §§ 130 ff. BGB und §§ 145 ff. BGB niedergelegten allgemeinen Rechtsgrundsätze. [163] Es sind keine prozeßrechtlichen Vorschriften oder Grundsätze ersichtlich, die insoweit einer Übertragung der für materiellrechtliche Verträge geltenden Grundsätze auf zivilprozessuale Verpflichtungsverträge entgegenstehen.

Schwieriger ist die Frage nach den persönlichen Erfordernissen für das Zustandekommen eines solchen Vertrages zu beantworten. Die Prozeßordnung enthält in den §§ 51 ff. ZPO und §§ 78 ff. ZPO eingehende Regelungen über die Fähigkeit zur Vornahme von Prozeßhandlungen und über die Vertretung der Parteien. Es

---

162) Er spricht von einem Rückgriff des Prozeßrechts auf das Privatrecht (Prozeßhandlung S. 185). Die Methode Baumgärtels ist auf die abzulehnende Aufspaltung der Verträge in Tatbestand und Wirkung zurückzuführen. Vgl. dazu oben S. 12 ff.

163) So auch Bohn, Diss. S. 66; Dickhoff S. 71 f.; Hellwig, Lb. 2 S. 277; H. J. Hellwig, Systematik S. 94; Kohler Gruch 31 (1887), 506 f.; Knecht S. 102; Schiedermair S. 137 ff.; Stein-Jonas-Pohle Anm. XI 1 b, 5 b vor § 128. Für die Befürworter einer materiellrechtlichen Natur der Verträge, darunter die Rechtsprechung, stellt sich das Problem nicht; sie können die bürgerlichrechtlichen Vorschriften unmittelbar anwenden. Zur Auslegung einseitiger Prozeßhandlungen vgl. Weitz S. 97 m. w. N.

wird deshalb die Meinung vertreten, daß diese Vorschriften auf jeden Fall auch für den Abschluß prozessualer Verträge anzuwenden seien. [164] Dabei soll es keinen Unterschied machen, ob der Vertrag im Rahmen eines bereits laufenden Prozesses oder schon vorher und im Zusammenhang mit einem materiellen Vertrag geschlossen worden ist. Von den Vertretern der materiellrechtlichen Auffassung über die Rechtsnatur werden im allgemeinen nur die bürgerlichrechtlichen Vorschriften angewandt, [165] was vom Ausgangspunkt her zwar konsequent ist, bei Annahme einer prozessualen Rechtsnatur aber nicht in Frage kommt. Aber auch die unterschiedslose Anwendung der §§ 51 ff. ZPO und §§ 78 ff. ZPO ist nicht gerechtfertigt. Diese Vorschriften lassen sich ihrem Wortlaut nach nur auf diejenigen Verträge anwenden, die bereits unmittelbar die Prozeßführung betreffen und deren Bestandteil sind oder aber während eines anhängigen Prozesses vor Gericht abgeschlossen werden. Dann jedenfalls müssen die zwingenden prozeßrechtlichen Vorschriften angewandt werden. [166] Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie nur in diesen Fällen zur Anwendung kommen könnten. Denn alle prozessualen Verträge haben, weil sie auf Vornahme oder Unterlassung bestimmter Parteihandlungen gerichtet sind, einen mehr oder weniger konkreten Bezug zu einem anhängigen oder zukünftigen Prozeß. Deshalb ist es sachgerecht, auch in den Fällen des Abschlusses außerhalb eines anhängigen Prozesses, und auch wenn der Vertrag sich nicht unmittelbar auf die Prozeßführung bezieht, für die Wirksamkeit die Erfüllung der prozeßrechtlichen Vorschriften ebenso genügen zu lassen wie die der im bürgerlichen Recht festgelegten persönlichen Abschlußerfordernisse. Beide Gruppen von Vorschriften sind dann wahlweise nebeneinander anwendbar. [167] Es besteht kein Grund, den Abschluß von prozeßrechtlichen

164) Bohn, Diss. S. 66; Dickhoff S. 72 f.; Gradhandt S. 26 f.; Kohler Gruch 31 (1887), 495; Schiedermair S. 141, 143 f.; Stein-Jonas, 18. Aufl., Anm. II 1 zu § 38, VII 3 zu § 794.

165) Vgl. z.B. Rosenberg § 127 I 1 e; OLG Braunschweig Rspr. 20, 315; RGZ 104, 135; RG ZZP 55 (1930), 425 ff. mit zust. Anmerkungen von Rosenberg; RG Warn 38, 113; BGHZ 2, 113 f.; 4, 320. Ähnlich auch A. Blomeyer § 30 VIII 2, der bürgerlichrechtliche Vorschriften anwenden will, wenn nicht besondere Bestimmungen der Prozeßordnung entgegenstehen.

166) So auch Nikisch § 55 II 3; Kemmerzell S. 76 f.; H. J. Hellwig, Systematik S. 94 f.; Rosenberg-Schwab § 66 V 1. Ein Vorrang des Zivilprozeßrechts ergibt sich hier z.B. aus § 51 letzter Halbsatz ZPO.

167) So auch Nikisch § 55 II 3; H. J. Hellwig, Systematik S. 95; Rosenberg-Schwab § 66 V 1. Ähnlich auch Stein-Jonas-Pohle Anm. XI 5 b vor § 128. Es können also jeweils die Vorschriften herangezogen werden, die die geringeren Anforderungen stellen.

Verträgen ganz generell etwa durch Anwaltszwang zu erschweren. Für eine Absprache über die Ernennung der Schiedsrichter im Rahmen eines Schiedsvertrages müssen jedoch stets die bürgerlichrechtlichen Abschlußerfordernisse erfüllt sein, weil § 1025 ZPO eine allgemeine Verweisung auf das bürgerliche Recht enthält. [168] Die Auffassung, daß außer im Fall des Abschlusses im laufenden Prozeß vor Gericht und im Fall des unmittelbaren Bezugs zur eigentlichen Prozeßführung bürgerlichrechtliche Grundsätze und prozessuale Vorschriften wahlweise nebeneinander anwendbar seien, läßt sich auch leichter praktizieren als eine Einzelabwägung für jeden prozessualen Vertragstyp. [169]

2. Fehlerhaftigkeit

Über die sachlichen Gültigkeitsvoraussetzungen prozessualer Verpflichtungsverträge enthält die Zivilprozeßordnung im allgemeinen keine Vorschriften. Eine Ausnahme gilt auch hier für die Absprache über die Schiedsrichterernennung, weil § 1025 I ZPO vorschreibt, daß der Vertrag nur gültig ist, wenn die Parteien über den Gegenstand des Streites einen Vergleich schließen könnten. Eine allgemeine sachliche Gültigkeitsvoraussetzung ist jedoch das Erfordernis genügender Bestimmtheit des abgeschlossenen Vertrages, [170] das für die Parteien von erheblicher Bedeutung ist. Die sich bindenden Vertragspartner werden auf diese Weise davor geschützt, Verpflichtungen einzugehen, deren Tragweite sie bei Vertragsschluß nicht völlig übersehen konnten. Dieser Gedanke kommt auch in § 40 I ZPO und § 1026 ZPO zum Ausdruck. Es ist erforderlich, daß sich der Vertrag auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die sich daraus ergebenden Rechtsstreitigkeiten bezieht.

Auch hinsichtlich der Form enthält die Prozeßordnung für prozessuale Verträge kaum Vorschriften. Lediglich § 38 ZPO bestimmt, daß eine Gerichtsstandvereinbarung auch stillschweigend getroffen werden kann; der Prozeßvergleich muß nach § 794 I Ziff. 1 ZPO vor einem Gericht oder einer Gütestelle geschlossen werden und für den Schiedsvertrag ist in § 1027 I 1 ZPO grundsätzlich Schriftform vorgeschrieben. Im übrigen aber fehlen Vorschriften über die Form. Es ist deshalb davon auszugehen, daß Verträge, durch die sich die Parteien zur Vornahme oder Unterlassung von Prozeßhandlungen verpflichten, grundsätzlich formfrei sind, wenn nichts anderes vereinbart ist. [171] Das ergibt sich auch daraus, daß

168) Vgl. Stein-Jonas-Pohle Anm. XI 5 b vor § 128; I 1, III 1 b zu § 1025.
169) Dafür Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 184 ff., 278 f.
170) Schiedermair S. 241; H. J. Hellwig, Systematik S. 94; Soehring S. 36 ff.
171) Vgl. Bohn, Diss. S. 66; Dickhoff S. 72; Gradhandt S. 31 f.; H. J. Hellwig, Systematik S. 94; Schiedermair S. 139 ff. m. w. N.

das Gesetz im Falle eines bestimmten Formzwanges stets entsprechende Vorschriften enthält. [172] Daraus läßt sich der Umkehrschluß ziehen, daß andernfalls Formfreiheit gilt.

Im Bereich der Gültigkeit sind mangels eigener Vorschriften der Zivilprozeßordnung die sich aus den §§ 116 bis 118 BGB ergebenden Grundsätze über geheimen Vorbehalt, Schein- und Scherzerklärung anzuwenden, wenn sie auch keine bedeutende Rolle spielen dürften. [173]

Von größerer Wichtigkeit ist die Frage der Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten. Gegen ein gesetzliches Verbot verstößt ein prozessualer Vertrag z.B. dann, wenn er gegen zwingende Vorschriften des Prozeßrechts verstößt und damit zugleich prozessual unzulässig ist. Die ZPO enthält keine Regelungen über das Schicksal eines solchen unzulässigen Vertrages. Seine Nichtigkeit ergibt sich aus dem in § 134 BGB niedergelegten Grundsatz, daß ein Rechtsgeschäft nur gültig ist, soweit die Privatautonomie nicht durch gesetzliche Regelungen eingeschränkt ist.

Die Frage der Sittenwidrigkeit spielt eine große Rolle für den Schutz der sich bindenden Partei, vor allem dann, wenn sie sich durch den Vertrag zur Aufgabe oder Nichtausübung von ihr an sich zustehenden Befugnissen verpflichtet. Dabei besteht immer die Gefahr, daß der wirtschaftlich stärkere Partner seine Überlegenheit in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise ausnutzt. Die Prozeßordnung selbst bietet dagegen keine gesetzliche Handhabe. Aber der in § 138 BGB zum Ausdruck kommende allgemeine Rechtsgedanke gilt auch im Prozeßrecht, jedenfalls für den Bereich prozessualer Verträge. [174] Er ist deshalb auch für die Beurteilung der Gültigkeit prozessualer Verpflichtungsverträge heranzuziehen, ebenso wie der in § 134 BGB zum Ausdruck kommende Grundsatz. [175]

Im Gegensatz zu den einseitigen Prozeßhandlungen können prozessuale Verpflichtungsverträge Bedingungen, Vorbehalte und Befristungen enthalten in gleicher Weise wie materiellrechtliche Verträge. [176]

---

172) Dieser Grundsatz ergibt sich für den Bereich des bürgerlichen Rechts bereits aus den §§ 125 ff. BGB.

173) Dickhoff S. 76; Gradhandt S. 36; H. J. Hellwig, Systematik S. 95; Knecht S. 103 f.; Schiedermair S. 146 m.w.N.

174) So auch Baumgärtel ZZP 69 (1956), 124; H. J. Hellwig, Systematik S. 94 jeweils m.w.N.

175) So auch Baumgärtel ZZP 69 (1956), 89 ff. (124 ff.); Bohn, Diss. S. 67; ders. KTS 1955, 138; H. J. Hellwig, Systematik S. 95; Schiedermair S. 145 f. m.w.N.

176) Allgemeine Meinung. Vgl. Schiedermair S. 153 f.; H. J. Hellwig, Systematik S. 93 jeweils m.w.N.

3. Beseitigung

Etwas ausführlicher muß die Frage untersucht werden, auf welche Weise ein geschlossener Vertrag wieder beseitigt werden kann. Zum einen können die zum Vertragsschluß berechtigten Parteien einverständlich den Vertrag wieder aufheben, indem sie eine entsprechende Vereinbarung treffen. Schwieriger ist die einseitige Beseitigung eines prozeßrechtlichen Vertrages. Die in der Zivilprozeßordnung enthaltenen Vorschriften und die in Lehre und Rechtsprechung zur Frage des einseitigen Widerrufs von Parteihandlungen entwickelten Grundsätze[177] lassen sich hier nicht ohne weiteres anwenden. Sie sind ganz auf einseitige Prozeßhandlungen zugeschnitten, während bei der prozessualen Verpflichtung die Existenz einer echten vertraglichen Bindung zu berücksichtigen ist. Da die Prozeßordnung keine entsprechenden Regelungen enthält, muß nach anderen Lösungen gesucht werden. Jede Lösung für die Berücksichtigung von Willensmängeln muß einerseits den Interessen der Parteien, andererseits aber auch dem öffentlichen Interesse an einem geordneten Gang des Verfahrens Rechnung tragen. Deshalb wird aus praktischen Erwägungen teilweise angenommen, daß eine Anfechtung von Prozeßverträgen wegen Willensmängeln immer dann möglich sei, wenn der Vertrag vor Prozeßbeginn geschlossen und eine unverrückbare prozessuale Situation noch nicht eingetreten sei.[178] Die Anfechtungsregelungen des bürgerlichen Rechts dürften wegen dieser besonderen Interessenlage zwar nicht einfach auf prozessuale Verträge übertragen werden, ihre Anwendung sei aber an sich unbedenklich, weil die Prozeßvereinbarung nur selbstgewählte Kampfregeln enthalte und nach dem Gesetz kein unmittelbares prozessuales Interesse an ihrem Zustandekommen bestehe.[179]

Tatsächlich ist es zur Wahrung der Interessen der Partei, die sich beim Vertragsschluß geirrt hat, auf deren Seite ein Übermittlungsfehler vorliegt oder die durch arglistige Täuschung bzw. widerrechtliche Drohung zum Vertragsschluß veranlaßt worden ist, erforderlich, eine Möglichkeit zur einseitigen Vertragsbeseitigung vorzusehen. Die Vorschriften des BGB über die Anfechtung

177) Vgl. dazu Arens S. 41 ff.

178) Nikisch § 55 III 5; Schiedermair S. 147 ff.; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 115 ff. (118).

179) Schiedermair S. 149; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 118, der die Frage für die einzelnen Verträge gesondert nach Interessenlage untersucht, obwohl für ihn sich die Anfechtungsmöglichkeit bereits aus der Annahme einer bürgerlichrechtlichen Ausgestaltung des Tatbestands ergeben hätte.

(§§ 119, 120, 123 BGB) sind deshalb entsprechend anzuwenden. [180] Diese für die Prozeßverträge ohne nähere Unterscheidung vertretene Auffassung gilt auch für die prozessualen Verpflichtungsverträge, obwohl z.B. Willensmängel in diesen Fällen auch erst zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Verpflichtung berücksichtigt werden könnten. Damit ist aber noch nichts gegen die Notwendigkeit und Möglichkeit der Anfechtung solcher Verträge gesagt. Denn insofern besteht die gleiche Lage wie etwa bei einem schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrag. Auch dort besteht die Möglichkeit, einen etwaigen Willensmangel im Zeitpunkt der Geltendmachung der Verpflichtung zu berücksichtigen. Und dennoch besteht für diese Verträge die Anfechtungsmöglichkeit.

Eine Begrenzung ist für die entsprechende Anwendung der bürgerlichrechtlichen Anfechtungsregeln auf prozessuale Verpflichtungsverträge allerdings erforderlich: der Prozeß hat einen dynamischen Charakter; er entwickelt sich ständig weiter durch Handlungen des Gerichts und der Parteien. [181] Die Prozeßhandlungen bauen aufeinander auf, und Gericht und Parteien nehmen infolge der eingeschränkten Freiheit des Widerrufs von Parteihandlungen [182] bestimmte prozessuale Situationen als gegeben hin und richten ihr weiteres Verhalten entsprechend ein. Dadurch kann eine prozessuale Lage so gefestigt sein, daß die Zulassung einer Anfechtung des Prozeßvertrages zu untragbaren Folgen führen würde, indem sie unter Umständen eine Neuaufrollung des ganzen Verfahrens erforderlich machen würde. Allerdings ist es kaum möglich, ein sicheres Kriterium zu entwikkeln, um den Zeitpunkt feststellen zu können, zu dem eine unverrückbare prozessuale Lage eingetreten ist. [183] Eine Entscheidung wird sich nur im Einzelfall treffen lassen. Dabei müssen die Interessen der Parteien, d.h. die des Anfechtenden und des Anfechtungsgegners, und die Interessen der Rechtspflege gegeneinander abgewogen werden. So kann z.B. ein Beweisvertrag nur bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz angefochten werden, [184]

180) Zu diesem Ergebnis gelangen u.a. Arens S. 94; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 118 f., 204 f., 214, 224, 239, 259; Dickhoff S. 73 ff.; H.J. Hellwig, Systematik S. 96; Kemmerzell S. 78 f.; Knecht S. 108 ff.; 116 ff.; Nikisch § 55 III 5; Rosenberg-Schwab § 66 V 3; Schiedermair S. 147 ff.; Stein-Jonas-Pohle Anm. XI 5 b vor § 128. A.A. für die Zuständigkeitsvereinbarung Hellwig, System I § 58 III 1; Schönke-Kuchinke § 31 II.

181) Vgl. dazu Nakano ZZP 79 (1966), 101 ff. m.w.N.

182) Vgl. dazu Arens S. 41 ff. (50).

183) Die gleiche Schwierigkeit besteht übrigens bei der Festlegung der Grenzen für die freie Widerruflichkeit einseitiger Parteihandlungen. Vgl. Arens S. 95, 50 ff.

184) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 259; Rosenberg-Schwab § 66 V 3.

weil gem. § 283 ZPO i.V. mit § 523 ZPO auch Beweismittel und Beweiseinreden grundsätzlich nur bis zu diesem Zeitpunkt geltend gemacht werden können. Eine Zuständigkeitsvereinbarung kann nicht mehr angefochten werden, wenn die Voraussetzungen des § 39 ZPO eingetreten sind, [185] weil dann die Zuständigkeit des betreffenden Gerichts unabhängig von der Existenz des Vertrages begründet ist. In den Fällen der Anfechtung eines Vertrages wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung werden im allgemeinen die Interessen des Anfechtungsgegners, der die Täuschung oder Drohung begangen hat, hinter denen des Anfechtenden zurückzutreten haben. Und bei einer Anfechtung in analoger Anwendung der §§ 119, 120 BGB kann für den Anfechtungsgegner, der im Vertrauen auf die eingetretene Prozeßsituation weitere Prozeßhandlungen vorgenommen hatte, soweit erforderlich, ein Ausgleich über eine entsprechende Anwendung des § 122 BGB geschaffen werden. [186]

Zusammenfassend läßt sich für die Frage der auf zivilprozessuale Verpflichtungsverträge anwendbaren Normen also folgendes feststellen: da die Zivilprozeßordnung für die Verträge im allgemeinen keine passenden Regelungen bietet, müssen allgemeine Rechtsgrundsätze herangezogen werden, die vor allem im bürgerlichen Recht zum Ausdruck gekommen sind. Sie dürfen jedoch nicht schematisch übertragen werden. Es ist jeweils im Einzelfall festzustellen, ob ihrer Anwendung prozessuale Vorschriften oder das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege entgegenstehen, bzw. ob ihre Anwendung dadurch eingeschränkt wird.

185) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 224 m.w.N.; Rosenberg-Schwab § 66 V 3; Schiedermair S. 151.

186) Arens S. 96; H.J. Hellwig, Systematik S. 97.

ZWEITER ABSCHNITT:

Gesetzliche Bestimmungen als Grundlage der Verpflichtung

§ 4 Bestimmungen der Zivilprozeßordnung

Der zwischen zukünftigen oder gegenwärtigen Prozeßparteien geschlossene Vertrag ist sicher die in der Praxis am häufigsten vorkommende und damit auch wesentlichste Grundlage für eine Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen. Denkbar ist aber auch, daß eine solche Verpflichtung unmittelbar auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung entsteht. Im bürgerlichen Recht ist das in Form der gesetzlichen Schuldverhältnisse eine geläufige Erscheinung. Auch im prozessualen Bereich ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, daß eine Partei der anderen gegenüber auf Grund gesetzlicher Bestimmungen verpflichtet ist, eine ganz bestimmte Prozeßhandlung vorzunehmen oder zu unterlassen, nachdem eine bestimmte prozessuale Situation eingetreten ist. Als Grundlage kommen dabei Bestimmungen der Zivilprozeßordnung und auch anderer Gesetze in Betracht. Wenn die Fälle gesetzlicher Verpflichtungen auch weniger zahlreich sind als die der vertraglichen, so sind sie doch von Bedeutung.

Im Folgenden sollen zunächst die Fälle zivilprozessualer gesetzlicher Verpflichtungsgrundlagen näher betrachtet werden.

I. § 138 ZPO, Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht

Eine als Grundlage für die Entstehung prozessualer Pflichten weitgehend anerkannte Bestimmung ist § 138 ZPO, der die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungspflicht normiert. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine gesetzliche Ausgestaltung des allgemeinen Verbots der prozessualen Arglist, [187] das hier positiv in Form eines Gebots gefaßt ist. Rechtspolitisch soll damit erreicht werden, daß das im Prozeß ergehende Urteil möglichst der außerprozessualen Rechtslage entspricht. [188] Die Wahrheitspflicht nach § 138 I ZPO ist eine ech-

187) Rosenberg-Schwab § 65 VIII 4.

188) Bernhardt JZ 1963, 247; ders., Festgabe für Rosenberg S. 24.

te prozessuale Pflicht. [189] Daran, daß die Wahrheitspflicht der Parteien gegenüber dem Gericht besteht, kann angesichts des Vorspruches zur Zivilprozeßnovelle des Jahres 1933, durch die die Wahrheitspflicht gesetzlich verankert wurde, kaum ein Zweifel bestehen. [190] Es besteht ein öffentliches Interesse daran, daß das Gericht ein möglichst richtiges, d. h. der wirklichen Rechtslage entsprechendes Urteil erläßt. Die Wahrheitspflicht obliegt der Partei aber auch gegenüber dem Prozeßgegner, der durch eine unerkannt gebliebene Verletzung dieser Pflicht besonders nachteilig betroffen werden kann. [191] Die gegen das Gebot des § 138 I ZPO verstoßende Partei wird im allgemeinen mit der wahrheitswidrigen Erklärung oder ihrer Unterlassung den Prozeß zu ihren Gunsten und damit zum Nachteil des Gegners beeinflussen wollen. Die Pflicht besteht unabhängig von einer evtl. die Partei gegenüber dem Gegner treffenden materiellrechtlichen Offenbarungspflicht. [192]

Lediglich eine prozessuale Last enthält jedoch § 138 II ZPO. [193] Die Erklärungs-"pflicht" der Partei über die vom Gegner behaupteten Tatsachen ist keine echte prozessuale Pflicht. Das folgt aus der Regelung des § 138 III ZPO, wonach nicht ausdrücklich bestrittene Tatsachen im allgemeinen als zugestanden angesehen werden. Die in § 288 I ZPO geregelte Folge der Geständnisfiktion, d. h. das Entfallen der Beweisbedürftigkeit der vom Gegner behaupteten Tatsachen, trifft die Partei, die sich über diese Tatsachen nicht erklärt.

Die Bedeutung der Wahrheitspflicht i. S. des § 138 I ZPO ist allerdings für den Gegner nicht besonders groß, was die Möglichkeiten der sofortigen Sanktion eines Verstoßes gegen diese Pflicht angeht. Das Gericht darf freilich ein wahrheits-

---

189) Vgl. Lent ZZP 67 (1954), 352; Rosenberg-Schwab § 2 III 2; Stein-Jonas-Pohle Einl. E II 1; A. Blomeyer § 30 VII 1 c; Henckel S. 14; Hopt S. 197 Fn. 6, S. 273; Dölle S. 291; Lent-Jauernig § 26 VI. A.A. Niese, S. 69 ff., der nur eine materielle Auswirkung eines Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht anerkennt und Handlungspflichten im Prozeß überhaupt ablehnt. Er bezeichnet die Wahrheitspflicht aber immerhin als echte Rechtspflicht.

190) "Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern." (Vorspruch zum Gesetz vom 27. 10. 1933, RGBl 1933, I, 780).

191) Vgl. v. Hippel S. 133 ff. (139); Bernhardt, Festgabe für Rosenberg S. 25; ders. JZ 1963, 247; Rosenberg-Schwab § 65 VIII 2.

192) Etwa nach §§ 666, 1379, 1891 II, 2027, 2028, 2314 BGB.

193) Zöller § 138 Anm. II.

widriges Vorbringen einer Partei nicht beachten, wenn es die Wahrheitswidrigkeit erkannt hat. Das folgt nicht daraus, daß ein Verstoß gegen die Wahrheitspflicht vorlag, sondern schon aus der objektiven Unrichtigkeit des wahrheitswidrigen Vorbringens. [194] Aber Voraussetzung ist dann eben, daß das Gericht von sich aus die Unwahrheit erkennt oder der Gegner in der Lage ist, darauf hinzuweisen. Dazu wird er aber meist zumindest dann zunächst nicht imstande sein, wenn der verpflichtete Gegner unter Verstoß gegen die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht ein bestimmtes Vorbringen unterläßt. Der Partei wird meist der dazu erforderliche Einblick in die Verhältnisse der anderen Partei fehlen. Sie wird in der Regel nicht in der Lage sein, konkret anzugeben, welche positive Parteihandlung hätte vorgenommen werden müssen, wenn die Gegenpartei sich der Wahrheitspflicht entsprechend verhalten hätte. Denn die wahrheitsgemäß abzugebende Erklärung ist eine subjektive Wissenserklärung. [195] Dieses Wissen wird aber in den meisten Fällen nur die verpflichtete Partei besitzen. Der Gegner hat im allgemeinen keine Möglichkeit, Angaben über das Wissen der Partei zu machen. Spätere Sanktionsmöglichkeiten bleiben ihm allerdings, wenn die Unwahrheit nicht erkannt worden ist und die gegen die Wahrheitspflicht verstoßende Partei mit der Unwahrheit Erfolg hatte und ein ihr günstiges Urteil erzielt hat. Denn die bewußte Unwahrheit stellt in der Regel einen Prozeßbetrug gem. § 263 StGB dar, was bei Bestrafung der Partei die Restitutionsklage nach § 580 Nr. 4 ZPO ermöglicht. Nach Aufhebung des Urteils kann die benachteiligte Partei u. U. auch Schadensersatzansprüche geltend machen. [196] Vor allem für die Anknüpfung dieser Folgen ist die Aufnahme der Wahrheitspflicht in das Gesetz von Bedeutung.

Etwas günstiger bezüglich sofortiger Sanktionsmöglichkeiten ist die Situation für die benachteiligte Partei, wenn die Pflicht zur Unterlassung unwahrer Erklärungen über Tatsachen im Prozeß in Frage steht. Die Unwahrheit einer Erklärung kann der Gegner leichter feststellen, obwohl auch hier das subjektive Wissen der erklärenden Partei entscheidend ist. Hier aber läßt sich jedenfalls konkret feststellen, wozu die Partei auf Grund der Wahrheitspflicht verpflichtet ist: zu einer Unterlassung, die das Spiegelbild der pflichtwidrig unwahr abgegebenen Erklärung ist.

---

194) Vgl. A. Blomeyer § 30 VII 1 c; Niese S. 69; Henckel S. 14; Rosenberg-Schwab § 65 VIII 7 a.

195) Rosenberg-Schwab § 65 VIII 4.

196) Vgl. dazu unten S. 68.

II. §§ 422, 423 ZPO, Pflicht zur Vorlegung von Urkunden

Ein weiterer Fall einer gesetzlichen Verpflichtung zur Vornahme von Parteihandlungen ist die Pflicht zur Vorlage von Urkunden gem. §§ 422, 423 ZPO. Im Prozeß ist der Gegner des Beweisführers unter bestimmten Umständen zur Vorlage der Urkunde verpflichtet, die als Beweis dienen soll. Gemäß § 422 ZPO besteht diese Verpflichtung, wenn der Beweisführer selbst die Urkunde nicht besitzt, sie sich vielmehr beim Gegner befindet, und wenn der Beweisführer gegen den Gegner einen materiellrechtlichen Herausgabe- oder Vorlegungsanspruch hat. § 423 ZPO normiert eine Vorlegungspflicht auch für den Gegner, der zum Zweck der Beweisführung auf eine Urkunde Bezug genommen hat. Diese Vorschriften sollen dazu dienen, das Prozeßziel möglichst schnell und auf einfache Weise zu erreichen, indem sie den meist rasch zu klaren Ergebnissen führenden Urkundenbeweis fördern.

Die Vorlagepflicht ist eine echte prozessuale Pflicht. [197] An diesem Pflichtcharakter könnte man insofern zweifeln, als in § 427 ZPO die Folgen geregelt sind, die eintreten, wenn die vorlagepflichtige Partei der Vorlageanordnung des Gerichts nach § 425 ZPO nicht nachkommt. Nach § 427 ZPO kann nämlich das Gericht im Fall der Nichtvorlage trotz entsprechender Anordnung eine vom Beweisführer vorgelegte Abschrift als richtig ansehen (§ 427, 1 ZPO) oder sogar seine Behauptungen über den Inhalt der Urkunde als bewiesen annehmen (§ 427, 2 ZPO). Das kann für die vorlagepflichtige Partei durchaus nachteilig sein. Trotzdem handelt es sich nicht nur um eine prozessuale Last. Eine wertende Beurteilung [198] der Nichtbefolgung der gesetzlichen Pflicht ergibt, daß auch der Inhaber des Vorlageanspruchs vom Verstoß der anderen Partei nachteilig betroffen werden kann. Das ergibt sich zunächst daraus, daß § 427 ZPO in beiden Alternativen nur eine Kannbestimmung ist. Das Gericht kann nach seinem Ermessen entscheiden, ob es eine vom Beweisführer beigebrachte Abschrift als richtig ansehen bzw. seine Behauptungen über den Urkundeninhalt als bewiesen annehmen will. Eine gegenteilige, für den Beweisführer nachteilige Entscheidung ist nicht ausgeschlossen. Eine solche Regelung findet sich bei unbestrittenen prozessualen Lasten nicht. Dort ist die für die gegen ihre "Pflicht" verstoßende Partei eintretende nachteilige Folge zwingend angeordnet, falls die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Als Beispiele sind die Vorschriften der §§ 138 III, 278 II, 330, 331 und 529 II ZPO zu nennen. In diesen Fällen kann das Gericht nicht mehr frei entscheiden, ob die vorgesehene nachteilige Folge eintreten soll oder nicht. Dieses typische Kennzeichen einer prozessualen Last fehlt in § 427 ZPO.

---

197) So auch Lent ZZP 67 (1954), 352, 354; Nakano ZZP 79 (1966), 105.
198) Zu diesem Kriterium vgl. oben S. 10.

Ein weiteres Argument für den Pflichtcharakter der Vorlagepflicht ist die Tatsache, daß die Nichtvorlage auch aus einem anderen Gesichtspunkt für den Inhaber des Vorlageanspruchs nachteilig sein kann. Das Argument gilt für die Vorlagepflicht nach § 422 ZPO. Der Beweisführer ist ohne die Urkunde im allgemeinen weniger gut in der Lage, die beweisdienlichen Tatsachen im einzelnen vorzutragen. Aus der Urkunde könnte er evtl. weitere seiner Prozeßführung dienliche Argumente entnehmen. Die Nichtvorlage der Urkunde verstößt gegen die Verpflichtung der Partei, dem Gegner die Beweisführung im Prozeß nicht arglistig zu erschweren. [199] Auch die eingehende gesetzliche Regelung der Prüfung der Vorlagepflicht durch das Gericht und die Regelung der Anordnung durch das Gericht zeigen, daß die Rechtsordnung einer Nichtbefolgung der Vorlagepflicht nicht indifferent gegenübersteht, sondern den Verstoß mißbilligt. [200]

Die Pflicht hat eine prozeßrechtliche Natur. [201] Sie ist gerichtet auf die Vorlage einer Urkunde zum Zwecke der Beweisführung. Diese Vorlage ist eine typische Parteihandlung. Das ergibt sich aus § 420 ZPO, der bestimmt, daß der Beweis durch die Vorlegung der Urkunde angetreten wird. Und der Beweisantritt ist eine typische Parteihandlung. [202] Daß in § 422 ZPO auf das Bestehen eines materiellrechtlichen Herausgabe- bzw. Vorlegungsanspruchs abgestellt ist, spielt demgegenüber keine Rolle. Denn die Existenz eines solchen Anspruchs ist nur eine Voraussetzung für die Entstehung der prozessualen Vorlagepflicht. Die materiellrechtliche Pflicht ist auf die Vorlage der Urkunde an den Inhaber des Vorlageanspruchs gerichtet, während im Prozeß die Vorlage als Beweisantritt gegenüber dem Gericht zu erfolgen hat. Beide Verpflichtungen sind nicht identisch. [203] Für die Vorlagepflicht nach § 423 ZPO können Zweifel an der prozessualen Natur nicht auftauchen, weil hier allein die Vorlage im Prozeß angesprochen ist und es auf einen materiellen Anspruch nicht ankommt.

Ausgelöst wird die Pflicht zur Vorlage der Urkunde in beiden Fällen durch eine entsprechende Anordnung des Gerichts. Sie ergeht als Beweisbeschluß gem. § 425 ZPO bzw. § 426 Satz 4 ZPO auf einen nach §§ 421, 424 ZPO gestellten Vorlegungsantrag des Inhabers des Vorlegungsanspruchs.

---

199) Siehe dazu BGH NJW 1963, 389 f.

200) Vgl. Lent ZZP 67 (1954), 352.

201) Lent ZZP 67 (1954), 354; Nakano ZZP 79 (1966), 105. A.A. Rosenberg-Schwab § 2 III 1, allerdings ohne Begründung.

202) Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 79.

203) Vgl. Lent ZZP 67 (1954), 354.

III. §§ 307, 306 ZPO, Pflicht zur Beantragung eines Anerkenntnis- bzw. Verzichtsurteils

1. Anerkenntnisurteil

Die Parteihandlungen Anerkenntnis und Verzicht sind zum einen im Rahmen prozessualer Verpflichtungsverträge von Bedeutung. Musterprozeßvereinbarungen enthalten oft die Absprache, kein Anerkenntnis abzugeben, bzw. keinen Verzicht zu erklären. Aber auch im Zusammenhang mit gesetzlichen Verpflichtungen zur Vornahme von Parteihandlungen können Anerkenntnis und Verzicht eine Rolle spielen. Und zwar kann unter Umständen auf Grund der §§ 307 bzw. 306 ZPO für den Kläger eine Pflicht zur Beantragung eines Anerkenntnisurteils bzw. für den Beklagten zur Beantragung eines Verzichtsurteils bestehen. Es ist der Fall denkbar, daß in einem Rechtsstreit der Beklagte den Klageanspruch anerkennt, der Kläger jedoch kein Anerkenntnisurteil beantragt, etwa weil er an einem in der Sache entscheidenden streitmäßigen Urteil interessiert ist. 204) Es fragt sich nun, ob nicht § 307 ZPO im Regelfall den Kläger zur Stellung des Antrags auf Erlaß eines Anerkenntnisurteils verpflichtet, falls nicht ausnahmsweise zwischen den Parteien eine Musterprozeßabrede bestand, durch die sich der Beklagte verpflichtet hatte, kein Anerkenntnis abzugeben. Entsprechendes ist mit vertauschten Rollen auch für das prozessuale Gegenstück des Anerkenntnisses, den Verzicht, denkbar.

Eine Verpflichtung des Klägers, nach dem Anerkenntnis des Beklagten ein Anerkenntnisurteil zu beantragen, kommt aber nur in Frage, wenn ein entsprechender Antrag auf Erlaß des Anerkenntnisurteils überhaupt erforderlich ist, damit dieses besondere Urteil ergehen kann. Wenn das Gericht nach Abgabe des Anerkenntnisses ohnehin auch ohne eine entsprechende Antragstellung Anerkenntnisurteil erlassen müßte, wäre eine Verpflichtung zur Antragstellung jedenfalls nicht erforderlich. Die Frage, ob ein besonderer Antrag für den Erlaß des Anerkenntnisurteils notwendig ist, ist umstritten. Auf der einen Seite wird die Meinung vertreten, der in § 307 ZPO genannte Antrag sei kein besonderer prozessualer Antrag, sondern sei mit dem allgemeinen Sachantrag des Klägers identisch. 205) Der BGH hatte,

---

204) Einen solchen Fall hatte der BGH in einem vielbesprochenen Urteil zu entscheiden. Vgl. BGHZ 10, 333 ff. = NJW 1953, 1830 = JZ 1954, 242 = ZZP 66 (1953), 454 = LM Nr. 1 zu § 307 ZPO und die Anmerkungen von Arndt DRiZ 1954, 163; Baur JZ 1954, 633; Böttticher JZ 1954, 243 f.; Johannsen LM Nr. 1 zu § 307 ZPO; Heyn NJW 1957, 1140 ff.; Knöpfel ZZP 68 (1955), 450; Ohr NJW 1955, 251 ff.

205) So BGHZ 10, 333 ff.; Arndt DRiZ 1954, 163.

nachdem der Beklagte in der Revisionsverhandlung den Klageanspruch anerkannt hatte, ein Anerkenntnisurteil erlassen, obwohl der Kläger ausdrücklich erklärt hatte, kein Anerkenntnisurteil zu beantragen - allerdings auch nicht darauf verzichtet hatte -, sondern seinen ursprünglichen Klageantrag wiederholt hatte. In dieser Wiederholung des Antrags auf Erlaß eines streitmäßigen Urteils sah der BGH den Antrag i. S. des § 307 ZPO. [206] Diese Auffassung wird dem Wortlaut der Vorschrift nicht gerecht. Auf ihn stützt sich mit Recht die Gegenmeinung, [207] die für den Erlaß eines Anerkenntnisurteils einen entsprechenden besonderen prozessualen Antrag für erforderlich hält, der nicht identisch ist mit dem allgemeinen Klageantrag, der auf Erlaß eines streitmäßigen Urteils gerichtet ist. Der Sinn des Antragserfordernisses in § 307 ZPO liegt darin, sicherzustellen, daß ein solches besonderes Urteil grundsätzlich nicht ohne eine entsprechende Mitwirkung des Klägers erlassen wird. [208] Denn es ist denkbar, daß der Kläger nach Abgabe des Anerkenntnisses durch den Beklagten gar kein Interesse mehr an einem Urteil hat, etwa weil er annimmt, der Beklagte werde nun freiwillig zahlen. Durch den Erlaß des Urteils in der besonderen Form des Anerkenntnisurteils werden auch die Interessen des Klägers durchaus berührt. Denn für ihn ist ein Anerkenntnisurteil in der Regel weniger wertvoll als ein streitiges Urteil. Es enthält keine rechtliche Stellungnahme zum streitigen Rechtsverhältnis, es kann nach § 311 I 2 ZPO sofort verkündet werden und nach § 313 ZPO in abgekürzter Form ergehen. Außerdem entfaltet es keine Interventionswirkung. [209] Aus all diesen Gründen soll der Kläger beim Erlaß des Anerkenntnisurteils mitwirken und sozusagen sein Einverständnis mit dieser Urteilsform zum Ausdruck bringen, indem er von seiner Dispositionsbefugnis Gebrauch macht und die durch das Anerkenntnis des Beklagten entstandene prozessuale Situation ausnutzt. Das aber tut er gerade nicht, wenn er kein Anerkenntnisurteil beantragt, sondern nur seinen ursprünglichen Sachantrag wiederholt. Er zeigt damit, daß er sich der durch das Anerkenntnis veränderten prozessualen Situation nicht anpassen, sondern nach wie vor ein streitiges Urteil erreichen will.

Für die vom BGH als Voraussetzung für den Erlaß des Anerkenntnisurteils geforderte erneute Stellung des Sachantrags besteht kein Bedürfnis. Stellt man auf den Antragsinhalt ab, so handelt es sich nicht um einen Antrag, der auf der

---

206) BGHZ 10, 336. Auch Rosenberg-Schwab § 134 IV 5 b wollen den Antrag in der Wiederholung des Sachantrages enthalten sehen.

207) Vgl. Baur JZ 1954, 633; Bötticher JZ 1954, 244; Kempf ZZP 73 (1960), 349, 351 m. w. N.; LG Stuttgart ZZP 69 (1956), 418 ff.

208) Kempf ZZP 73 (1960), 350; Knöpfel ZZP 68 (1955), 453; Rosenberg-Schwab § 134 IV 5. Dies erkennt auch der BGH an. Vgl. BGHZ 10, 335.

209) Kempf ZZP 73 (1960), 355.

neuen prozessualen Situation aufbaut, sondern diese gerade ignoriert. [210] Der BGH scheint deshalb auch mehr Gewicht auf die Tatsache der erneuten Antragstellung als auf den eigentlichen Antragsinhalt zu legen. Denn wenn ein Anerkenntnisurteil erlassen wird, obwohl ein streitiges beantragt war, so wird der Antragsinhalt nicht in vollem Umfang berücksichtigt. Ein Abstellen auf den Antragsinhalt könnte im übrigen merkwürdige Konsequenzen haben. Es ist möglich, daß im Prozeß Streit über die Wirksamkeit des vom Beklagten abgegebenen Anerkenntnisses und damit auch über die Zulässigkeit des Antrags i.S. des § 307 ZPO entsteht. Über diesen Streit kann durch Zwischenurteil nach § 303 ZPO entschieden werden. [211] Ist das Anerkenntnis unwirksam, so ist auch der Antrag des Klägers i.S. des § 307 ZPO unzulässig. Sieht man aber diesen Antrag in der Wiederholung des Sachantrags, wie der BGH das tut, dann würde mit dem die Unwirksamkeit des Anerkenntnisses feststellenden Zwischenurteil zugleich die Unzulässigkeit des Sachantrags festgestellt. Bei Unwirksamkeit des Anerkenntnisses ist aber gerade dieser Antrag erforderlich, damit überhaupt ein Urteil, ein streitmäßiges, ergehen kann. [212] Das folgt aus § 308 I 1 ZPO. Auch daraus ergibt sich, daß die Meinung des BGH nicht richtig sein kann.

Die auf dem Erfordernis einer erneuten Stellung des Sachantrags aufbauende Meinung des BGH wirkt wie eine Notlösung. Im Grunde wollte er ein schutzwürdiges Interesse des Beklagten an einem streitigen Urteil nicht anerkennen, und da § 307 ZPO einen "Antrag" verlangt, der Kläger aber eben keinen Antrag auf Erlaß eines Anerkenntnisurteils stellte, ließ der BGH die zufällig erfolgte und an sich überflüssige Wiederholung des Sachantrags genügen.

Es ist also davon auszugehen, daß der Antrag i.S. des § 307 ZPO ein besonderer prozessualer Antrag ist, der mit dem allgemeinen Sachantrag nicht identisch ist. Und dieser besondere Antrag muß gestellt sein, damit ein Anerkenntnisurteil erlassen werden kann. Und weil dieses Erfordernis besteht, das dem Kläger eine Einflußmöglichkeit auf den weiteren Verfahrensgang gibt, ist davon auszugehen, daß eine Wahlmöglichkeit des Klägers zwischen einer entsprechenden Antragstellung und ihrem Unterlassen nicht von vornherein ausgeschlossen ist. [213] Sonst wäre es sinnlos, einen besonderen Antrag vorzusehen.

---

210) Bötticher JZ 1954, 244.

211) Thomas-Putzo § 307 Anm. 3 b; Zöller § 307 Anm. 6 a; Rosenberg-Schwab § 134 IV 5 a; Kempf ZZP 73 (1960), 351 m.w.N.

212) Vgl. hierzu Kempf ZZP 73 (1960), 351.

213) Dabei sollen die Folgen einer Unterlassung dieser Antragstellung zunächst einmal dahingestellt bleiben.

Diese Wahlmöglichkeit besteht jedoch nicht uneingeschränkt. Es ist vielmehr eine Abwägung zwischen den Interessen der Parteien vorzunehmen. [214] Auch das öffentliche Interesse an einer möglichst schnellen und einfachen Streiterledigung spielt eine Rolle. Der Beklagte, der im Prozeß ein Anerkenntnis abgibt, verfolgt damit meist den Zweck, den ihm lästigen Rechtsstreit schnell und relativ kostensparend zu beenden. Für das Anerkenntnisurteil wird nach § 25 I Nr. 1, 3 GKG keine Urteilsgebühr erhoben, und auch die Verhandlungsgebühren der Rechtsanwälte sind evtl. geringer (§ 33 I BRAGebO). Es erübrigt sich unter Umständen auch eine Beweisaufnahme, die bei streitiger Weiterführung des Prozesses evtl. erforderlich geworden wäre. Auch dadurch werden die Kosten niedriger gehalten, weil die entsprechenden Gebühren entfallen. Mit diesen Interessen des Beklagten deckt sich das öffentliche Interesse an der Vermeidung unnötiger Belastung der Gerichte. Die Belastung ist wesentlich geringer, wenn der Prozeß durch Anerkenntnisurteil beendet werden kann. Weil die Parteien einander zur redlichen Prozeßführung verpflichtet sind, [215] darf der Kläger den vom Beklagten mit der Abgabe des Anerkenntnisses erstrebten Erfolg nicht durch Unterlassung des für das Anerkenntnisurteil notwendigen Antrags verhindern, falls nicht seine eigenen Interessen die des Beklagten überwiegen.

Und diese eigenen Interessen des Klägers können durchaus bestehen und sind nicht ohne weiteres als nicht schutzwürdig anzusehen. Der Kläger kann ein berechtigtes Interesse daran haben, daß eben kein Anerkenntnisurteil sondern ein streitmäßiges Urteil ergeht. Wenn dieses Interesse auch nur in relativ seltenen Fällen die gegenläufigen Interessen des Beklagten am Erlaß des Anerkenntnisurteils überwiegen wird, ist es doch nicht richtig, das Interesse des Klägers ohne nähere Prüfung unter Hinweis auf den einfacheren und billigeren Weg des Anerkenntnisurteils abzulehnen. [216]

Das Anerkenntnisurteil führt den Kläger nur dann schneller und billiger zum erstrebten Ziel, wenn dieses Ziel nur die rechtskraftfähige Entscheidung über den mit der Klage geltend gemachten Anspruch ist. Es sind aber Fälle denkbar, in denen der Kläger mehr erreichen will. Vor allem ist hier daran zu denken, daß der Kläger den Prozeß als Musterprozeß führen will, um dann mit dem Urteil zugleich eine Grundlage für die Abwicklung weiterer gleichgelagerter Streitfälle zu gewinnen. Meist wird zwar in einem solchen Fall zwischen den Parteien

214) Kempf ZZP 73 (1960), 350.

215) Vgl. hierzu Dölle S. 279 ff. (291).

216) Dies tut die h. M. Vgl. A. Blomeyer § 62 II 2; Rosenberg-Schwab § 134 IV 6; Zöller Vorb. 5 zu §§ 306, 307; BGHZ 10, 336. Weitere Nachweise bei Kempf ZZP 73 (1960), 353 f.

eine Musterprozeßabrede getroffen werden, durch die der Beklagte u. a. verpflichtet ist, gar nicht erst ein Anerkenntnis abzugeben. Aber auch ohne eine derartige Absprache kann der Kläger den Prozeß als Musterprozeß führen. Dann hat er ein schutzwürdiges Interesse an einem kontradiktorischen Urteil, weil ein Anerkenntnisurteil zwar den konkreten anhängigen Einzelstreit, nicht jedoch die gesamten gleichartigen Streitfälle zwischen den Parteien ausräumen würde. Der Kläger müßte anschließend noch weitere Verfahren anhängig machen, um den gesamten Streit zu beenden. In einem solchen Fall räumt also der einfachere und billigere Weg nicht den gesamten Streit aus, so daß mit seiner Weiterführung zu rechnen ist. Dann kann ein Rechtsschutzbedürfnis für den langwierigeren und kostspieligeren Weg bestehen. 217)

Im Einzelfall muß jeweils festgestellt werden, ob dieses Interesse des Klägers an einem in der Sache entscheidenden kontradiktorischen Urteil das Interesse des Beklagten und das öffentliche Interesse an der schnellen und kostensparenden Beendigung des konkreten anhängigen Verfahrens überwiegt. Bei der Bewertung werden insbesondere der Umfang des von der Musterwirkung erfaßten Streitstoffes und der vom Kläger für die Führung des Musterprozesses betriebene "überstreitmäßige" Aufwand 218) zu berücksichtigen sein. Hat der Kläger ausnahmsweise ein überwiegendes Interesse am Erhalt eines streitmäßigen Urteils, so ist er dem Beklagten gegenüber nach dessen Anerkenntnis nicht verpflichtet, Anerkenntnisurteil zu beantragen. Er kann in einem solchen Fall ein kontradiktorisches Urteil beantragen und unter Umständen auch erhalten.

Im Regelfall jedoch läßt das vom Beklagten abgegebene Anerkenntnis eine ganz konkrete Pflicht des Klägers entstehen. Sie geht aus der generellen Pflicht zur redlichen Prozeßführung hervor und ist auf die Vornahme einer Parteihandlung, nämlich die Stellung des besonderen prozessualen Antrags auf Erlaß eines Anerkenntnisurteils gerichtet. Es handelt sich folglich um eine prozessuale Verpflichtung, die unabhängig von einer bestehenden Parteivereinbarung aus dem Gesetz resultiert.

2. Verzichtsurteil

Die für das Anerkenntnis des Beklagten gemachten Ausführungen gelten entsprechend auch für den Verzicht des Klägers, weil der Verzicht das prozessuale Gegenstück des Anerkenntnisses ist. 219) Erklärt der Kläger im Prozeß den Verzicht,

217) Vgl. Schönke S. 32; Kempf ZZP 73 (1960), 358; Ohr NJW 1955, 252. Ähnlich auch Stephan S. 36.
218) Kempf ZZP 73 (1960), 355 f.
219) Vgl. oben S. 17.

so ist im Regelfall der Beklagte verpflichtet, den besonderen prozessualen Antrag i. S. des § 306 ZPO auf Erlaß eines Verzichtsurteils zu stellen. Etwas anderes gilt auch hier nur, wenn die Interessen des Beklagten an einem streitmäßigen Urteil die des Klägers an einer schnellen und billigen Streitbeendigung überwiegen. Ausgelöst wird die prozessuale Verpflichtung durch eine Prozeßhandlung des Gegners, die Erklärung des Verzichts durch den Kläger.

§ 5 Unerlaubte Handlung

I. Allgemeines

Weil die Parteihandlungen Äußerungsformen menschlichen Verhaltens sind, ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, daß sie nicht nur einer Bewertung durch die Zivilprozeßordnung unterliegen. Es ist möglich, daß Parteihandlungen zugleich Eingriffe in ein geschütztes Rechtsgut vor allem der Gegenpartei enthalten. Wenn diese Eingriffe eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB sind, können sie zum Schadensersatz verpflichten. Nach § 249 Satz 1 BGB ist Schadensersatz in erster Linie durch Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, wie er vor dem schädigenden Ereignis bestanden hat, zu leisten. Nimmt man an, daß eine vorgenommene Parteihandlung eine unerlaubte Handlung ist, so wäre Schadensersatz durch die Herstellung des vor der Vornahme der Parteihandlung bestehenden Zustandes, d. h. durch ihren Widerruf zu leisten. In einem solchen Fall würde dann auf der Grundlage von Vorschriften des BGB eine Verpflichtung zur Vornahme einer Parteihandlung, nämlich der Erklärung eines Widerrufs entstehen.

Es fragt sich allerdings zunächst, ob für eine Bewertung von Parteihandlungen abgesehen von ihrer Beurteilung nach den Bestimmungen der Prozeßordnung überhaupt noch Raum ist. Nach der ZPO werden die Parteihandlungen auf ihre Zulässigkeit oder Unzulässigkeit geprüft. Unzulässige Parteihandlungen werden vom Gericht zurückgewiesen oder sind, soweit es sich nur um Bewirkungshandlungen handelt, überhaupt unwirksam. Bei Unzulässigkeit von Erwirkungshandlungen ist nicht ohne weiteres zwangsläufig auch Unwirksamkeit die Folge, weil die Partei einen Anspruch darauf hat, daß die Voraussetzungen vom Gericht wenigstens beurteilt werden, daß sich also das Gericht zumindest mit der unzulässigen Partei-

handlung befaßt, wenn es sie auch nur zurückweist. [220] Man könnte nun denken, daß sich die Bewertung von Parteihandlungen in dieser Prüfung nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung erschöpfen müsse, daß weitere Konsequenzen also ausgeschlossen seien. Denn wenn das Gericht unzulässige Parteihandlungen zurückweist, haben sie keine prozessualen Folgen. Tut das Gericht dies nicht, entscheidet es also unrichtig, so können zwar dem Gegner daraus Nachteile entstehen, er kann aber nicht ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch haben, weil sonst Schadensersatzprozesse zur Korrektur von Fehlern des Gerichts führen würden. Dem steht aber die Rechtskraft entgegen. [221] Damit ist aber eine Bewertung der Parteihandlungen als unerlaubte Handlungen i. S. der §§ 823 ff. BGB nicht ausgeschlossen. Denn es ist möglich, daß sich der Handelnde im Prozeß nicht darauf beschränkt, mit Hilfe der Parteihandlung die vorgesehenen Wirkungen im Prozeß herbeizuführen, sondern zugleich auch ein geschütztes Rechtsgut des Gegners beeinträchtigt. Zu denken ist etwa an eine gesundheitliche Schädigung des Gegners durch mutwillige Aufstellung unrichtiger Behauptungen im Prozeß oder an Verleumdungen im Prozeß. Gegen solche Eingriffe kann das Verfahrensrecht allein die betroffene Partei im allgemeinen auch dann nicht schützen, wenn das Gericht bei seiner Anwendung keine Fehler macht. Eine Prüfung von Parteihandlungen an außerprozessualen Maßstäben ist deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen.

Voraussetzung für die Bewertung einer Parteihandlung als unerlaubte Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB ist weiterhin, daß Parteihandlungen rechtswidrig sein können.

Bedenken gegen die Möglichkeit der Widerrechtlichkeit prozessualen Verhaltens, die daraus hergeleitet werden, daß das Prozeßrecht keine Pflichten kenne, sind unberechtigt. Die Ansicht, daß es keine prozessualen Parteipflichten gebe, weil der Prozeß mit Lasten auskomme, [222] ist inzwischen überholt. Parteipflichten widersprechen nicht dem Wesen des Prozesses. [223]

Damit ist auch eine Bewertung prozessualen Verhaltens als rechtswidrig nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Der Verstoß gegen ein rechtliches Gebot oder Verbot kann rechtswidrig sein, unabhängig davon, auf welchem Rechtsgebiet sich dieser "Imperativ der Rechtsordnung" [224] auswirkt. [225]

---

220) Vgl. dazu Henckel S. 29.
221) So mit Recht Henckel S. 291 f.
222) Goldschmidt S. 291 ff., 354; Niese S. 75.
223) Vgl. dazu oben S. 10 ff.
224) Dölle S. 291.
225) Zeiss NJW 1967, 704; ders. S. 33 f.

Prozessual zulässiges Verhalten kann also materiell rechtswidrig sein. Besonders deutlich läßt sich das im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts zeigen, am Beispiel der vom Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörende Sache. [226] Dort stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der vom Gläubiger veranlaßte Eingriff in das Vermögen des Dritten trotz Zulässigkeit der Pfändung rechtswidrig sein kann. Nach heutiger Auffassung ist davon auszugehen, daß der durch die Auftragserteilung an den Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger nur dann rechtswidrig handelt, wenn er nicht die erforderliche Sorgfalt hat walten lassen. Nach diesem Kriterium ist die Rechtswidrigkeit zu bejahen, wenn der Gläubiger den Auftrag erteilt hat, eine ganz bestimmte Sache zu pfänden, von der er wußte, daß sie einem Dritten gehört.

Wann tatbestandsmäßige Eingriffe einer Prozeßpartei in den geschützten Rechtskreis des Gegners rechtswidrig sind und damit den Schädiger im Falle des Verschuldens schadensersatzpflichtig machen, läßt sich nur im Einzelfall feststellen. Dabei ist eine Abwägung der Interessen der Beteiligten vorzunehmen unter Berücksichtigung des Zwecks des Prozesses. [227] Der Prozeß muß seine Funktion der Durchsetzung subjektiver Rechte erfüllen können, darf aber andererseits nicht dazu führen, daß der Gegner mehr als unvermeidbar beeinträchtigt wird.

II. Einzelfälle

Nach den verschiedenen Verpflichtungsgrundlagen getrennt sollen im Folgenden die Fälle untersucht werden, in denen eine Schadensersatzpflicht aus prozessualem Verhalten und damit gemäß § 249 Satz 1 BGB eine Pflicht zur Vornahme einer Parteihandlung entstehen kann.

1. § 823 I BGB

Zunächst sind Fälle denkbar, in denen eine Parteihandlung zugleich eine unerlaubte Handlung i. S. des § 823 I BGB bildet.

In Frage kommt hier vor allem eine Verletzung des Eigentums, der Gesundheit, des Gewerbebetriebs oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der anderen Partei. Es stellt sich jedoch sogleich die Frage, ob im Rahmen eines Prozesses ei-

226) Vgl. dazu Henckel S. 330, 321 ff. m.w.N.; Hopt S. 220 f., 238 Fn. 4, 259 m.w.N.; Pecher S. 186, 190.

227) Henckel S. 302 f. Zum Prozeßzweck vgl. oben S. 25 f.

ne tatbestandsmäßige Schädigung i.S. des § 823 I BGB rechtswidrig sein kann, oder ob dem Schädiger ein Rechtfertigungsgrund in Form der Inanspruchnahme eines von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten staatlichen Verfahrens zur Seite steht.

Der BGH vertritt die Auffassung, [228] daß tatbestandsmäßige Schädigungen des Gegners, die allein dadurch entstehen, daß eine Partei sich des Rechtsweges bedient, keinen Schadensersatzanspruch nach § 823 I BGB begründen könnten, weil sie nicht rechtswidrig seien. Dabei spiele es auch keine Rolle, ob das von der Partei im Prozeß erhobene Begehren sachlich gerechtfertigt sei oder nicht. Das heißt mit anderen Worten, daß auch ein von vornherein aussichtsloses Prozessieren nicht rechtswidrig ist, eben weil es im Rahmen der vom Staat zur Verfügung gestellten Rechtsschutzmöglichkeit erfolgt. Ein über die Kostenerstattung hinausgehender Schadensersatzanspruch des geschädigten Gegners könne nur entstehen, wenn die Voraussetzungen der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB erfüllt seien.

Diese Meinung des BGH hat ihren Grund wahrscheinlich in der Befürchtung, daß die Rechtsschutzmöglichkeit entwertet werden könnte, wenn sich eine prozeßführende Partei abgesehen vom Kostenrisiko auch noch der Gefahr von Schadensersatzansprüchen des Gegners gegenübersehen würde. [229] Denn der Ausgang eines Prozesses ist schwer vorhersehbar und ein Schadensersatzrisiko könnte eine Partei leicht von der Durchsetzung ihrer Rechte abhalten. Schon wenn die Partei leichtfahrlässig nicht erkannt hat, daß ihr prozessuales Begehren sachlich nicht gerechtfertigt war, könnte sie einem Schadensersatzanspruch des Gegners ausgesetzt sein.

Gegen die Meinung des BGH wird von Zeiss [230] vorgebracht, daß damit geradezu ein Anreiz zum mutwilligen Prozessieren geschaffen werde, weil sich der Vorsatz des § 826 BGB verschleiern lasse. Zeiss wendet sich dagegen, daß die Inanspruchnahme des gerichtlichen Verfahrens generell einen Rechtfertigungsgrund bilden soll, der die Rechtswidrigkeit der Schädigung i.S. des § 823 I BGB ausschließt. Es sei nicht tragbar, daß eine grob fahrlässige Verletzung eines absolut geschützten Rechts des Prozeßgegners nicht zu einem Schadensersatzanspruch führe. Dabei wird vor allem damit argumentiert, daß bei schrankenloser Bejahung des Rechtfertigungsgrundes der Verfahrensinanspruchnahme folgerichtig auch ein

228) BGHZ 36, 18 (20, 21) = BGH NJW 1961, 2254 = BGH JZ 1962, 94. Zur Kritik dieses Urteils vgl. Baur JZ 1962, 95; Zeiss NJW 1967, 704 f.; Weitnauer JZ 1962, 490 f.; Henckel S. 292 f.; Hopt S. 236 ff.

229) So auch Zeiss NJW 1967, 705; ders. S. 187 Fn. 167.

230) Zeiss NJW 1967, 705.

Schuldner, der durch von vornherein aussichtsloses Prozessieren eine fällige Leistung hinausschiebt, nicht zum Ersatz des eingetretenen Verzugsschadens nach § 285 BGB herangezogen werden dürfe. Denn auch sein Verhalten sei dann durch die Inanspruchnahme des staatlich eingerichteten und geregelten Verfahrens gerechtfertigt. Nach ganz herrschender Meinung sei aber beim Verzugsschaden der Verzug des Schuldners nur bei unverschuldetem Rechtsirrtum ausgeschlossen. 231) Andernfalls sei der Schuldner auch für die Zeit des Prozesses zum Ersatz des eingetretenen Verzugsschadens verpflichtet. Als Lösung schlägt Zeiss vor, die Haftung aus Prozeßführung auf die Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zu beschränken, oder die Anforderungen an das Verhalten der Parteien, d. h. die prozessualen Pflichten, zu mildern. 232)

Zu dieser Kontroverse um die Frage der Rechtfertigung schädigenden prozessualen Verhaltens ist zunächst festzustellen, daß die offenbar bestehenden Bedenken des BGH wegen einer Verkümmerung des Rechtsschutzes berechtigt sind. Es wäre tatsächlich gefährlich, jede Partei, abgesehen vom stets bestehenden Kostenrisiko, auch noch der Gefahr eines vom obsiegenden Gegners geltend gemachten Schadensersatzanspruchs auszusetzen. Die Entscheidung des Einzelnen darüber, ob er seine Rechte mit Hilfe eines Prozesses durchsetzen will, würde auf diese Weise sachfremden Erwägungen unterworfen. Bei einer einschränkungslosen Anwendung des § 823 I BGB würde sich das Prozeßrisiko unzumutbar erhöhen. Manche Partei würde vielleicht die Durchsetzung ihrer Rechte unterlassen, wenn sie sich einem im Gegensatz zum Kostenrisiko auch in seinem Umfang nicht abzuschätzenden Schadensersatzrisiko ausgesetzt sähe. Es ist deshalb richtig, in der Inanspruchnahme des gerichtlichen Verfahrens im allgemeinen einen die Haftung nach § 823 I BGB ausschließenden Rechtfertigungsgrund für eine eventuelle im prozessualen Verhalten liegende tatbestandsmäßige Schädigung zu sehen. Wer sich eines Prozesses bedient, kann, soweit die Vornahme oder Unterlassung von Prozeßhandlungen in Frage steht, damit nicht rechtswidrig handeln, es sei denn, daß weitere Umstände hinzutreten.

Daß allgemein eine Pflicht des sich ohne Erfolgsaussicht auf einen Prozeß einlassenden Schuldners zum Ersatz des Verzugsschadens angenommen wird, spricht nicht gegen diese Meinung. Die vom BGH in dieser Frage praktizierte Auffassung steht nicht im Gegensatz zu seiner Auffassung über die generelle Rechtfertigung schädigenden prozessualen Verhaltens. Denn für die Ersatzpflicht beim Verzugsschaden kommt es auf die Rechtswidrigkeit überhaupt nicht an. Infolgedessen kann auch ein eventueller Rechtfertigungsgrund der Verfahrensinanspruchnahme keine Rolle spielen. Für den Verzug des Schuldners und seine Ersatzpflicht

231) So in der Tat BGH LM Nr. 1, 2 und 4 zu § 285 BGB m. w. N.

232) Zeiss NJW 1967, 705 m. w. N.

ist allein entscheidend, daß der Verzug vom Schuldner zu vertreten ist, und daß der eingetretene Schaden durch den Verzug verursacht worden ist. Der Verzug ist ein tatsächlicher Umstand, bei dem nur danach gefragt wird, auf wessen Verhalten er zurückgeht und wem dieses Verhalten vorgeworfen werden kann. Ein Urteil über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit wird gar nicht gefällt. Hat der Schuldner den Verzug gemäß § 276 I BGB zu vertreten, so ist er zum Ersatz des Verzugsschadens verpflichtet, hat er den Schaden nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht, so trifft ihn keine Ersatzpflicht. Es besteht demnach keine Veranlassung, beim Verzugsschaden für die Zeit des Prozesses eine Ersatzpflicht nicht eintreten zu lassen, wenn der Schuldner den Verzug zu vertreten hat.

Dennoch bestehen Zweifel, ob es richtig ist, den Rechtfertigungsgrund der Verfahrensinanspruchnahme so generell anzunehmen, wie dies der BGH tut, der einen Schadensersatzanspruch lediglich bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 826 BGB zubilligen will. 233) Es fragt sich, ob eine Schadensersatzpflicht nicht auch entstehen kann, wenn sich eine Partei nicht vorsätzlich der Mittel des Prozesses bedient, um den Gegner zu schädigen, vielmehr nur unbeabsichtigte Nebenfolgen prozessualen Handelns den Gegner in einem geschützten Rechtsgut beeinträchtigen. In solchen Fällen kann freilich nicht schon die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indizieren. Andernfalls würde die Funktion des Prozesses entwertet. Die mit dem prozessualen Handeln für den Gegner unvermeidbar verbundenen Beeinträchtigungen, wie z. B. eine durch die mit dem Prozeß verbundene Aufregung verursachte Gesundheitsschädigung muß dieser hinnehmen, ohne Ersatz verlangen zu können. Der prozessual Handelnde muß aber sein Verhalten so einrichten, daß Schädigungen des Gegners nach Möglichkeit vermieden werden. Bei der Bewertung der schädigenden Parteihandlung müssen die Interessen der Parteien gegeneinander abgewogen werden, das Interesse des Handelnden an einer möglichst effektiven Durchsetzung seiner Rechte im Rahmen des Prozesses und das Interesse des Betroffenen an der Nichtbeeinträchtigung seiner geschützten Rechtsgüter. So kann z. B. durch die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gehandelt, dessen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen sein. Die Anforderungen an das Verhalten der schädigenden Partei wachsen mit

233) Eine Ausnahme macht der BGH allerdings für den Fall der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung (vgl. BGHZ 38, 200). Sie stellt tatsächlich insofern einen Sonderfall dar, als sie den Verwarnten sofort erheblichen Beeinträchtigungen aussetzt. Bis zur Klageerhebung handelt es sich sozusagen um eine vorweggenommene Rechtsdurchsetzung des Verwarnenden. Deshalb trägt er bei Nichtbestehen seines Schutzrechts das Risiko, dem Verwarnten unter Umständen Schadensersatz leisten zu müssen. Vgl. hierzu Henckel S. 299 ff.; Hopt S. 240 f. jeweils m. w. N.

der Schwere des Eingriffs in den Rechtskreis des Gegners. [234] Sie können nicht gleichgesetzt werden mit den prozessualen Pflichten. [235] Es ist möglich, daß auch Parteihandlungen, die nicht im Widerspruch zu prozeßrechtlichen Pflichten stehen, den Gegner in seinen geschützten Rechtsgütern beeinträchtigen. Das Prozeßrecht allein ist nicht geeignet, Kriterien für die Anforderungen zu liefern. Denn nicht immer reichen prozessuale Mittel für den Schutz des Betroffenen aus, und andererseits läßt sich der Verletzung von Parteipflichten mit rein prozessualen Mitteln begegnen. [236]

Ergibt die Interessenabwägung, daß das den Gegner schädigende prozessuale Verhalten nicht durch vorgehende Interessen des Handelnden gerechtfertigt ist, so kann bei schuldhaftem Handeln eine Schadensersatzpflicht nach § 823 I BGB entstehen und der Schädiger ist dann zur Beseitigung des schädigenden Zustands durch Vornahme einer Parteihandlung verpflichtet.

2. § 823 II BGB i. V. mit § 138 I ZPO

Neben § 823 I BGB kommt unter Umständen auch § 823 II BGB als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch einer Partei und damit als Grundlage für eine Verpflichtung zur Vornahme einer Parteihandlung in Betracht.

Die Bestimmung der Prozeßordnung, die am deutlichsten eine Parteipflicht normiert und als Schutzgesetz i. S. des § 823 I Satz 1 BGB in Frage kommt, ist § 138 I ZPO.

Ob diese Bestimmung als Schutzgesetz anzusehen ist, ist deshalb von erheblicher Bedeutung, weil davon die Entscheidung abhängt, ob auch eine fahrlässige Verletzung der Wahrheitspflicht zum Schadensersatz verpflichten kann. Denn als Prozeßbetrug nach § 263 StGB kann nur die vorsätzliche Verletzung der Wahrheitspflicht zur Schadensersatzpflicht nach § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB führen. Die Verletzung eines Schutzgesetzes dagegen kann auch bei Fahrlässigkeit schadensersatzpflichtig machen. Voraussetzung ist allerdings, daß § 138 I ZPO auch die fahrlässig falsche Prozeßbehauptung verbietet und nicht nur die bewußte Unwahrheit. Denn eine Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes kann nur in dem Umfang eintreten, in dem das Schutzgesetz tatsächlich ver-

234) Vgl. hierzu Henckel S. 304; Hopt S. 255 f.

235) Das nimmt allerdings Zeiss NJW 1967, 707 f. an, wenn er auf die Pflicht zur redlichen Prozeßführung abstellt.

236) So auch Henckel S. 303.

pflichtet bzw. den Betroffenen schützen soll. [237] Mit der herrschenden Meinung [238] ist davon auszugehen, daß § 138 I ZPO nur die bewußte Unwahrheit verbietet. Denn die Partei ist durch das Recht selbst gezwungen, im Prozeß z. B. Umstände als Tatbestandsvoraussetzungen zu behaupten, die sie gar nicht kennen kann. Außerdem würde die Einbeziehung der fahrlässigen Unwahrheit in den Verbotsbereich des § 138 I ZPO die Gefahr mit sich bringen, daß mit Hilfe des § 823 II BGB jeder fahrlässig verursachte ungünstige Prozeßverlauf im Wege eines nachfolgenden Schadensersatzprozesses korrigiert werden könnte. Damit würde die Rechtskraft gefährdet. [239] Weil § 138 I ZPO also die fahrlässige Unwahrheit nicht verbietet, sondern nur die bewußte Unwahrheit gegen die prozessuale Wahrheitspflicht verstößt, besteht für die Qualifizierung des § 138 I ZPO als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB kein Bedürfnis. Ersatz für durch Verletzung der Wahrheitspflicht herbeigeführte Vermögensschäden kann gemäß § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB verlangt werden. Die auf den Prozeß bezogene Wahrheitspflicht braucht hier nicht herangezogen zu werden. § 138 I ZPO ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB, [240] eine Ersatzpflicht und damit ein Anspruch auf Vornahme einer Parteihandlung bestehen auf dieser Grundlage nicht.

3. § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB

Es ist allgemein anerkannt, daß § 263 StGB ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB ist. [241] Der Prozeßbetrug verpflichtet die schädigende Partei nach Aufhebung des ergangenen Urteils auf die Restitutionsklage nach § 580 Nr. 4 ZPO hin zum Schadensersatz. Auf die Vornahme einer Parteihandlung kann dieser Ersatzanspruch allerdings nicht gerichtet sein, weil das Verfahren, in dem z. B. ein Widerruf der schädigenden Parteihandlung, etwa eines im eigenen Interesse erklärten unrichtigen Geständnisses, zu erklären wäre, bereits durch das betrügerisch herbeigeführte Urteil abgeschlossen ist.

---

237) Vgl. dazu Henckel S. 297; Hopt S. 272, 273 Fn. 7 m. w. N.

238) Vgl. Rosenberg-Schwab § 65 VIII 4; Zöller § 138 Anm. I 1; Wiezcorek § 138 Anm. B I a; Henckel S. 297 f. A. A. Hopt S. 272 f.; Titze S. 180.

239) So mit Recht Henckel S. 298 f.

240) So auch Baumbach-Lauterbach § 138 Anm. 1 G; Henckel S. 297 f.; BGHZ 42, 313. A. A. Hopt S. 270 m. w. N.

241) RGZ 71, 186.

4. § 823 II BGB i.V. mit § 185 StGB

Eine Parteihandlung kann als unerlaubte Handlung zu werten sein, wenn sie Behauptungen enthält, die für den Gegner eine Ehrverletzung bilden. [242] Auch die Behauptung im Prozeß ist eine Parteihandlung, denn sie kann jederzeit ein Beweisthema liefern. [243] Eine solche unerlaubte Handlung gemäß § 823 II BGB in Verbindung mit § 185 StGB könnte dann nach § 249 Satz 1 BGB zu einem Widerrufsanspruch führen, der auf Vornahme einer Parteihandlung, nämlich die Beseitigung der ehrverletzenden Parteihandlung, gerichtet ist. Dabei ist nicht an die Fälle zu denken, in denen die eine Partei der anderen gegenüber etwa vor Gericht eine Verbalbeleidigung begeht. [244] Eine solche Handlung geschieht dann nur bei Gelegenheit des Prozesses. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Ehrverletzung des Gegners gerade in einer von der Partei zum Zweck der Prozeßführung aufgestellten Behauptung über tatsächliche Vorgänge enthalten ist und sich von dieser Behauptung nicht trennen läßt. Dann stellt der Sachvortrag selbst die Ehrverletzung dar. [245] Dann ist die ehrverletzende Äußerung zugleich Parteihandlung.

Eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 II BGB liegt jedoch nur dann vor, wenn die Parteihandlung, also die ehrverletzende Behauptung auch rechtswidrig ist. Es fragt sich, nach welchen Kriterien sich die Rechtswidrigkeit einer Behauptung im Prozeß richtet. In der Rechtsprechung wird dazu teilweise die Meinung vertreten, daß eine Partei im Zivilprozeß dann nicht rechtswidrig handle, wenn sie Tatsachen vortrage, die sie für sachdienlich und erheblich halte. Sie dürfe dies auch in starken und eindringlichen Worten tun. Allein die Prozeßsituation als solche rechtfertige ein solches Verhalten. An die Schriftsätze des Zivilprozesses sei grundsätzlich ein anderer Maßstab anzulegen als an Schriften anderer Art. [246] Der Gegner sei gegen Angriffe ausreichend dadurch geschützt, daß sich die Erklärungen an das Gericht richteten und dem Angegriffenen rechtliches Gehör gewährt werde. [247] Diese Auffassung scheint, ähnlich wie die in der Fra-

---

242) Vgl. dazu Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 54 ff.

243) Vgl. Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 79, 83; Goldschmidt S. 423.

244) Vgl. dazu RGZ 140, 398.

245) Siehe das Beispiel in OLG Köln MDR 1965, 134 mit Anm. Baumgärtel in MDR 1968, 921. Die Beklagten hatten im Vorprozeß behauptet, die Kläger hätten aus Schikane eine Verstopfung eines Abflußrohres herbeigeführt.

246) So RGZ 140, 392 ff. (397 f.); BGH NJW 1962, 243 = JZ 1962, 486 mit Anm. Weitnauer; OLG Köln MDR 1965, 134 mit Anm. Baumgärtel in MDR 1968, 921; Palandt § 823 Anm. 15 D e. A.A. Henckel S. 305 Fn. 213.

247) OLG Köln MDR 1965, 134 m.w.N.

ge der generellen Rechtfertigung schädigenden prozessualen Verhaltens, [248] ebenfalls der Sorge um die Erhaltung der Effektivität des Rechtsschutzes zu entspringen. Das Verhalten einer Partei im Prozeß soll offenbar nicht mit weiteren Risiken belastet werden, die über die in jedem Prozeß liegende Gefahr des Unterliegens hinausgehen.

Andererseits wird die Auffassung vertreten, die Rechtswidrigkeit ehrverletzender Behauptungen einer Partei im Prozeß sei nach § 193 StGB zu beurteilen. [249] Dieser Weg ermöglicht eine objektivere Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Parteihandlung. Denn wenn man jede Parteibehauptung für gerechtfertigt hält, die die vortragende Partei für sachdienlich und erheblich hält, so kommt es in erster Linie auf die subjektive Auffassung dieser Partei an. Das Kriterium läßt der Partei, die eine bestimmte Behauptung aufstellt, einen wesentlich weiteren Spielraum als das des § 193 StGB, wo entscheidend ist, ob in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt wurde. Die Argumentation, daß der Gegner dadurch geschützt sei, daß die Schriftsätze an das Gericht gerichtet seien, dem eine Aufklärungspflicht obliege, trifft nur teilweise zu. Denn im allgemeinen bleibt eine ehrverletzende Behauptung nicht auf einen Schriftsatz beschränkt, sondern sie wird als Prozeßstoff in der mündlichen Verhandlung vorgetragen. Infolge der Öffentlichkeit der Verhandlung gelangt die ehrverletzende Behauptung dann nicht nur zur Kenntnis des Gerichts. Es ist deshalb durchaus von Bedeutung, den Prozeßgegner vor ehrverletzenden Behauptungen einer Partei wirkungsvoll zu schützen. Das läßt sich mit Hilfe des objektiveren Kriteriums des § 193 StGB besser erreichen. Die für die Führung eines Prozesses erforderliche Freiheit einer Partei im Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln kann mit Hilfe von § 193 StGB ausreichend gewahrt werden. [250]

Es besteht deshalb kein Grund, für prozessuale Erklärungen andere Maßstäbe zu benutzen als für außerprozessuale. Hat also eine Partei eine für den Gegner ehrverletzende Prozeßbehauptung aufgestellt, ohne über § 193 StGB gerechtfertigt zu sein, so liegt eine unerlaubte Handlung gemäß § 823 II BGB in Verbindung mit § 185 StGB vor. Die Partei ist folglich dem Prozeßgegner zum Schadensersatz verpflichtet. Sie ist nach § 249 Satz 1 BGB verpflichtet, den ursprünglichen Zustand so wiederherzustellen, wie er vor Aufstellung der Behauptung bestand, d. h. mit anderen Worten dazu, die ehrverletzende Parteihandlung zu widerrufen. Durch eine solche ehrverletzende Behauptung kann also eine Pflicht zur

248) Dazu vgl. oben S. 63 ff.

249) RGZ 64, 157; Burhenne MDR 1956, 516; Weitnauer JZ 1962, 489; Baumgärtel MDR 1968, 922; ders., Festschrift für Schima S. 57.

250) So auch Weitnauer JZ 1962, 491; Baumgärtel MDR 1968, 922; ders., Festschrift für Schima S. 57.

Vornahme einer Parteihandlung, nämlich zur Erklärung des Widerrufs, entstehen.

Die gleiche Verpflichtung ließe sich auch auf eine analoge Anwendung des § 1004 BGB stützen. 251)

5. § 826 BGB

Schon bei der Betrachtung von Parteihandlungen im Zusammenhang mit § 823 I BGB wurde darauf hingewiesen, daß die Prozeßhandlung einer Partei unter Umständen eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Gegners i.S. des § 826 BGB sein kann. 252) Wenn eine Partei den Prozeßgegner planmäßig mit den im Prozeß zur Verfügung stehenden Mitteln schädigt, handelt sie sittenwidrig und ist zum Schadensersatz verpflichtet. Solche Schädigungen sind z.B. denkbar, wenn eine Partei ständig bewußt unrichtige Einwendungen vorbringt und damit den Prozeß zu verschleppen beabsichtigt. 253) Auch die Benutzung vorsätzlich verfälschter Beweismittel ist sittenwidrig. 254) Die Sittenwidrigkeit solcher Parteihandlungen läßt sich schon daraus herleiten, daß § 138 I ZPO die Parteien zur Wahrheit im Prozeß verpflichtet. Die bewußte Unwahrheit ist deshalb in der Regel als sittenwidrig anzusehen. 255)

Auch wenn man die Inanspruchnahme des staatlich eingerichteten und den Parteien zur Verfügung gestellten gerichtlichen Verfahrens als generellen Rechtfertigungsgrund ansieht, 256) kann ein derartiges Verhalten nicht gerechtfertigt sein. Der genannte Rechtfertigungsgrund kann hier jedenfalls nicht wirken. Die Gefahr einer Verkümmerung des Rechtsschutzes durch drohende Schadensersatzansprüche des Gegners besteht in diesem Fall nicht. Die Partei wird durch das Schadensersatzrisiko nicht an der Führung eines Prozesses schlechthin gehindert, sondern nur an der Vornahme sittenwidriger Prozeßhandlungen. Solche Handlungen aber können jedenfalls nicht als gelegentlich unvermeidbare oder in Kauf

---

251) Vgl. OLG Köln MDR 1965, 134 mit Anm. Baumgärtel in MDR 1968, 921. Die Vorschrift ist bei Verletzung aller geschützten Rechtsgüter - abgesehen vom Eigentum - entsprechend anwendbar.

252) Rosenberg § 127 I 1 e; Henckel S. 301. Vgl. oben S. 64.

253) Vgl. RGZ 95, 310.

254) RG HRR 1935, Nr. 665 m.w.N.

255) Palandt § 826 Anm. 8 n; BGHZ 36, 18 (20,21) = BGH NJW 1961, 2254 = BGH JZ 1962, 94.

256) Vgl. oben S. 63 ff.

zu nehmende Begleiterscheinungen der Prozeßführung angesehen werden. Die sittenwidrig vorgehende Partei ist nicht schutzwürdig.

Ziemlich bekannt ist in diesem Zusammenhang der vom RG entschiedene Fall der sog. lettischen Scheidung. [257] Hier hatte der Ehemann vor einem nach seinem zu diesem Zweck begründeten zweiten Wohnsitz zuständigen Gericht in Lettland die Scheidungsklage erhoben. Er hatte die Klage darauf gestützt, daß die Eheleute seit drei Jahren getrennt gelebt hatten. Diese Tatsache war allerdings nur nach dem in Lettland gültigen, nicht aber nach deutschem Recht ein Scheidungsgrund. Mehrere Scheidungsklagen des Ehemannes in Deutschland waren vorher erfolglos geblieben. Die Ehefrau hatte Kosten zur Führung des Scheidungsrechtsstreits in Lettland aufgewandt. Der klagende Ehemann selbst hatte Eheverfehlungen begangen. Die Ehefrau ihrerseits hatte in Deutschland gegen den Ehemann Klage erhoben und Ersatz der in Lettland für sie entstandenen Prozeßführungskosten sowie die Rücknahme der dort erhobenen Scheidungsklage, über die noch nicht entschieden war, durch den Ehemann begehrt. Das als Revisionsinstanz zuständige Reichsgericht entschied wie auch vorher das Berufungsgericht zu Gunsten der Klägerin. Die vom Ehemann in Lettland erhobene Scheidungsklage sei sittenwidrig i. S. des § 826 BGB, obwohl das lettische Gericht auch nach deutschem Recht für die Scheidungsklage zuständig sei, weil der Ehemann dort tatsächlich einen zweiten Wohnsitz begründet habe. Auch die Ausnutzung einer von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Möglichkeit könne sittenwidrig sein, wenn sie der Erreichung eines nach deutschem Recht nicht zu verwirklichenden Ziels dienen solle. Diese Ausschaltung des deutschen Rechts widerspreche dem sittlichen Empfinden, zumal der Scheidungskläger selbst Eheverfehlungen begangen habe. Der Ehemann sei deshalb nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Dieser Ersatz bestehe zum einen gemäß § 251 I BGB in der Erstattung der von der Ehefrau zur Prozeßführung in Lettland gemachten Aufwendungen. Außerdem aber sei der Ehemann gemäß § 249 Satz 1 BGB zur Beseitigung des schädigenden Zustands, den er sittenwidrig geschaffen habe, durch Zurücknahme der in Lettland erhobenen Scheidungsklage verpflichtet. [258] Das RG war mit Recht der Meinung, daß sich die Rechtslage der Ehefrau weiter verschlechtern könne, wenn die Scheidungsklage anhängig bleibe. Es hat deshalb eine Verweisung der Klägerin auf die Vorschrift des § 328 ZPO abgelehnt.

Das RG hat also in dieser Entscheidung einen Schadensersatzanspruch anerkannt, der auf die Vornahme einer ganz bestimmten Parteihandlung gerichtet war. Die Erhebung der Scheidungsklage, die in diesem besonderen Fall als unerlaubte

257) RGZ 157, 136 ff.
258) RGZ 157, 140.

Handlung i. S. des § 826 BGB zu werten war, hat eine Verpflichtung zu ihrer Beseitigung ausgelöst. Diese Beseitigung kann ihrerseits wiederum nur durch Vornahme einer Parteihandlung, nämlich die Erklärung der Klagerücknahme, erfolgen.

DRITTER ABSCHNITT:

Die Durchsetzung der Verpflichtung

Die bisher in ihren Grundlagen behandelten Verpflichtungen der Parteien treten solange kaum in Erscheinung und werden auch dem Prozeßgericht meist nicht bekannt, wie sie von den Parteien ohne weiteres freiwillig erfüllt werden. Sinn und praktische Brauchbarkeit einer prozessualen Verpflichtung müssen sich jedoch erweisen, wenn die verpflichtete Partei die Erfüllung verweigert. Dann muß der berechtigten Partei ein möglichst einfach und schnell zum Ziel führender Weg zur Durchsetzung ihres Rechts zur Verfügung stehen.

Zwei verschiedene Möglichkeiten der Durchsetzung kommen in Frage: die Durchsetzung der prozessualen Verpflichtung im Zuge des Prozesses, in dem sie eine Rolle spielt, und die Durchsetzung mit Hilfe einer entsprechenden gesonderten Klage unabhängig von einem Hauptprozeß.

Beide Wege sollen getrennt untersucht werden. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob und inwieweit der eine den anderen ausschließt.

§ 6 Durchsetzung ohne besondere Klage

In den Fällen, in denen die verpflichtete Partei die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung erst verweigert, nachdem bereits das Verfahren anhängig ist, für das die Verpflichtung von Bedeutung ist, wird der Berechtigte versuchen, eine Erfüllung im Zuge dieses Verfahrens zu erreichen. Er wird sich deshalb in irgendeiner Form darauf berufen, daß er vom Gegner ein bestimmtes Verhalten im Prozeß verlangen könne, weil dieser eben vertraglich oder gesetzlich verpflichtet sei, eine bestimmte Parteihandlung vorzunehmen oder zu unterlassen, z.B. kein Anerkenntnis abzugeben. Die Frage ist nun, ob eine derartige Geltendmachung der Verpflichtung mit Erfolg möglich ist, und wie sie dogmatisch einzuordnen und zu qualifizieren ist.

I. Erhebung einer materiellrechtlichen Einrede

1. mit materieller Wirkung

Insbesondere in den Fällen vertraglicher Vereinbarungen der Parteien, durch die zwischen den Parteien gegenseitige Rechte und Pflichten begründet werden, liegt es nahe, eine Berufung des Berechtigten auf die Verpflichtung des Gegners zu einem bestimmten Verhalten als Einrede gegen die Berechtigung des gegnerischen Handelns anzusehen oder als Geltendmachung eines Gegenrechts des Berechtigten. Man kann zunächst daran denken, diese Berufung auf die Verpflichtung als materiellrechtlich wirkende Einrede anzusehen.

Wie oben ausgeführt, werden die Parteivereinbarungen von Lehre und Rechtsprechung teilweise als materiellrechtliche, d. h. schuldrechtliche Verträge angesehen. [259] In Konsequenz dieser Auffassung wird die Meinung vertreten, daß der Berechtigte dann bei Nichterfüllung eines solchen Vertrages dem Verhalten des Gegners mit einer materiellrechtlich wirkenden, d. h. gegen den im Prozeß geltend gemachten Anspruch gerichteten Einrede begegnen könne. Dies wird von Schiedermair z. B. für den Fall des Zuwiderhandelns gegen ein "pactum de non petendo" angenommen. [260] Er will dem Berechtigten in einem solchen Fall eine materiellrechtliche Einrede gegen den materiellen vertragswidrig eingeklagten Anspruch des Gegners geben, d. h. mit anderen Worten ein Leistungsverweigerungsrecht. Auch in der Rechtsprechung ist man offenbar zunächst entsprechend der angenommenen materiellen Rechtsnatur von einer materiellrechtlichen Wirkung der vom Berechtigten erhobenen Einrede ausgegangen. Das zeigt sich an der Behandlung der Rechtsmittelverzichtsverträge. War ein Rechtsmittel trotz vorangegangenen vertraglichen Verzichts eingelegt worden, so wurde auf entsprechende Einrede des Gegners im Urteil ausgesprochen, daß der Rechtsstreit "vertragsmäßig" beendet sei. [261] Es wurde nicht etwa das Rechtsmittel als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen.

Diese Konstruktion einer materiell wirkenden Einrede ist zwar insoweit konsequent, als sie auf der schuldrechtlichen Natur der Parteivereinbarung aufbaut. Richtig wäre dieser Weg jedoch nur dann, wenn die Parteien mit der getroffenen Absprache derartige materielle Folgen wirklich erzielen wollten. Dies ist aber nur der Fall, wenn das betroffene Rechtsverhältnis materiell verändert wer-

259) Vgl. oben S. 12 f.

260) Schiedermair S. 182.

261) Vgl. OLG Oldenburg SeuffA 44 (1888), Nr. 90; RGZ 36, 421; RG JW 1903, Beil. S. 53; RG HRR 1934, Nr. 969.

den sollte, wenn etwa das "pactum de non petendo" in Wirklichkeit einen Erlaß oder eine Stundung bzw. die Schaffung einer unvollkommenen Verbindlichkeit darstellte. 262) Eine solche Umgestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses ist aber von den Parteien, die sich im Hinblick auf einen Prozeß zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, in der Regel nicht gewollt. 263) Die materiellrechtliche Einrede mit materieller Wirkung ist demnach für die Mehrzahl der in Betracht kommenden Fälle keine geeignete Lösung. 264) Diese Auffassung ist dann aber auch später, soweit ersichtlich, nicht mehr vertreten worden.

2. mit prozessualer Wirkung

Nach einer sehr verbreiteten Auffassung haben zwar die Vereinbarungen eine materielle Rechtsnatur; es soll aber aus ihnen trotzdem eine prozessual wirkende Einrede hergeleitet werden können. 265) Sie habe zur Folge, daß die entgegen der Verpflichtung vorgenommene Prozeßhandlung vom Gericht als unzulässig abgewiesen bzw. nicht beachtet werde. Als Begründung wird angeführt, daß das Gebot von Treu und Glauben auch im Prozeß gelte und daß ein Verstoß gegen eine derartige Verpflichtung einen Fall der prozessualen Arglist bilde. Dem Betroffenen stehe deshalb gegen das pflichtwidrige Verhalten des Gegners die "exceptio doli processualis" zu. Das arglistige Verhalten sei prozessual unzulässig und unbeachtlich. Vertreten wird diese Meinung für die verschiedenen Fälle vertraglicher Vereinbarungen der Parteien. Verpflichtungen aus Gesetz oder unerlaubter Handlung werden nicht in den Kreis der Betrachtungen einbezogen. Die Auffassung ist wohl noch als herrschend anzusehen.

---

262) Schiedermair S. 181 f. klammert diesen Fall zwar ausdrücklich aus, ein Unterschied zu dem von ihm behandelten materiellrechtlichen "pactum de non petendo" wird aber nicht deutlich.

263) So auch Zeiss S. 102.

264) Gegen diesen Weg auch Schlosser S. 48 f., 66.

265) Vgl. Planck Bd. I S. 299; Grünebaum S. 50; Benkendorff S. 58 f.; Matzke S. 44 ff. (47); Stein-Jonas-Grunsky § 514 Anm. 1; Pohle Revista de Derecho Privado 38 (1954), 17; Schönke-Schröder-Niese § 31 I; Linn DVBl 1956, 851; Baumgärtel ZZP 69 (1956), 114 Anm. 137; ders., Prozeßhandlung S. 263 ff.; Kemmerzell S. 86; A. Blomeyer § 30 VIII 2; Dölle S. 291; Habscheid NJW 1965, 2372; Bruns S. 157; Zöller § 271 Anm. I 2 a, b, Vorb. 5 vor § 306, § 514 Anm. 1, abweichend in § 794 Anm. 1 d; Sellert NJW 1968, 234; Thomas-Putzo § 271 Anm. 1, Einl. III 1 c; OLG Celle SeuffA 67 (1911), Nr. 91; OLG Hamburg LZ 1920, 934; RGZ 102, 222; 123, 85; 159, 189; 160, 242; BGH LM Nr. 5 zu § 514; BGHZ 20, 198; 28, 45; 41, 45; BGH NJW 1961, 460.

Aber abgesehen davon, daß schon ihr Ausgangspunkt, nämlich die Annahme einer materiellrechtlichen Natur prozessualer Vereinbarungen, unrichtig ist, ist die Ansicht auch in sich widerspruchsvoll. 266) Denn es ist inkonsequent, aus einem Vertrag mit schuldrechtlicher Natur eine Einrede mit prozessualer Wirkung herleiten zu wollen. Der Grund für diese Auffassung liegt vermutlich darin, daß man erkannt hat, daß mit einer materiell wirkenden Einrede im allgemeinen nicht zum Ziel zu kommen ist, weil eine derartige Wirkung nicht dem Parteiwillen und ihren Interessen entspricht. Also griff man zur prozessualen Lösung. Aber man war nicht bereit, konsequent zu sein und den entsprechenden Verpflichtungen eine prozessuale Rechtsnatur zuzuerkennen. Und dies wiederum beruht auf der Scheu, sich klar zur prozeßrechtlichen Zulässigkeit von Parteivereinbarungen zu bekennen. 267) Man zieht es vor, die Vereinbarungen dogmatisch in den Bereich des Schuldrechts einzuordnen, eben weil es sich um Verträge handelt. Die Auffassung ist noch aus einem weiteren Grund unzutreffend. Das als Begründung für die prozessuale Unzulässigkeit des pflichtwidrigen Verhaltens angeführte Verbot der prozessualen Arglist kann gerade die Fälle von Vertragsverstößen nicht treffen. Denn die Nichterfüllung eines Vertrages ist als solche nicht ohne weiteres arglistig und verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben. Das Gesetz verpflichtet zwar im Vertragsrecht die Parteien ganz allgemein zur Erfüllung eines abgeschlossenen Vertrages, enthält aber keine Wertung über eine Nichterfüllung. 268) Es ist deshalb unrichtig, die einfache Nichterfüllung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung als Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben im Prozeß anzusehen. 269)

Eine prozessuale Unzulässigkeit einer pflichtwidrig vorgenommenen Parteihandlung läßt sich auf dem Boden der materiellrechtlichen Theorie nicht begründen. Eine konsequente Lösung wäre es vom Standpunkt der materiellrechtlichen Auffassung aus, wenn das Gericht bei Nichterfüllung der von einer Partei vertraglich übernommenen Verpflichtung auf Einrede des Berechtigten hin die pflichtwidrig vorgenommene Parteihandlung für widerrufen bzw. die pflichtwidrig unterlassene für vorgenommen erklärte. 270)

---

266) Gegen diese Auffassung auch Dickhoff S. 66; Goldschmidt S. 312 Anm. 1616; H. J. Hellwig, Systematik S. 36; Schlosser S. 47 ff., 66; Schug S. 54 f.. A.A. Niese, Diss. S. 85.

267) Zutreffend Schlosser S. 47 f.

268) Vgl. z.B. § 241 BGB.

269) So auch H. J. Hellwig, Systematik S. 36.

270) So Nikisch § 69 III 2; Rosenberg § 127 I 1 e; § 135 IV 1, 5.

II. Erhebung einer prozessualen Einrede

Geht man zutreffend von der prozessualen Rechtsnatur der Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen aus, so muß man folgerichtig auch bei der Durchsetzung einer solchen Verpflichtung einen prozessualen Weg einschlagen. Wenn bereits das Verfahren anhängig ist, in dem die Verpflichtung ihre Wirkung entfalten soll, liegt es nahe, prozessuale Folgen der Nichterfüllung der Verpflichtung anzunehmen. Es kommt also eine prozessuale Einrede des Berechtigten mit prozessualer Wirkung in Betracht.

1. Geltendmachung der Verpflichtung

Es fragt sich allerdings, ob sich der Berechtigte tatsächlich auf sein Recht berufen muß, um es durchzusetzen, oder ob das Gericht einen Verstoß gegen eine prozessuale Verpflichtung von Amts wegen zu berücksichtigen hat. Die Frage läßt sich nicht für alle Arten von Verpflichtungsgrundlagen einheitlich beantworten.

Beruht die Verpflichtung auf gesetzlichen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung oder unerlaubter Handlung, so geht sie letztlich auf die Generalklausel des "honeste procedere", d. h. die Verpflichtung der Parteien zur redlichen Prozeßführung bzw. Unterlassung arglistigen Verhaltens zurück. Die Generalklausel konkretisiert sich in diesen Verpflichtungsgrundlagen. Von der überwiegenden Auffassung wird das Gebot zur redlichen Prozeßführung damit begründet, daß auch im zivilprozessualen Erkenntnisverfahren der materiellrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anzuwenden sei. [271] Der andere vorgeschlagene Lösungsweg, nämlich die Entwicklung eines speziell für den Prozeß geltenden allgemeinen Arglistverbots bzw. Redlichkeitsgebots auf dem Wege über das Gewohnheitsrecht, [272] führt zum gleichen Ergebnis, [273] so daß hier auf eine nähere Untersuchung verzichtet werden kann. Dogmatisch ist das spezielle prozessuale Arglistverbot der analogen Anwendung des § 242 BGB vorzuziehen. [274]

---

271) Vgl. Baumbach-Lauterbach Einl. III 6 A; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 139 f.; ders., ZZP 69 (1956), 89 ff.; Dölle S. 290 ff.; Palandt § 242 Anm. 4 d; Rosenberg-Schwab § 65 VII, § 2 IV; Soergel-Siebert § 242 Anm. 47, 48; Stein-Jonas-Pohle Einl. E II 2; Zöller Einl. III 3; RGZ 102, 217 (222 f.); 154, 299 (303); BGHZ 30, 114; 31, 83; BAG NJW 1969, 110.

272) Zeiss S. 17 ff., 203; ders. NJW 1967, 707 f.

273) Rosenberg-Schwab § 2 IV a.E.

274) Ähnlich Henckel S. 290. A.A. Rosenberg-Schwab § 2 IV.

Welcher Lösung man auch folgt, die gegen das Redlichkeitsgebot oder gegen Treu und Glauben verstoßende Partei handelt jedenfalls insoweit "ohne Recht", ähnlich wie dies im Bereich des materiellen Rechts bei einem Verstoß gegen § 242 BGB der Fall ist. [275] Auch im materiellen Recht bildet der Grundsatz von Treu und Glauben nicht etwa ein "Gegenrecht", das im Wege einer Einrede dem "Recht" des Gegners gegenüber geltend gemacht werden müßte. [276] Ein echter Rechtsmangel ist vielmehr von Amts wegen zu beachten, ohne daß sich der Gegner darauf berufen muß. Auf den Prozeß übertragen bedeutet dies, daß das Gericht im Falle eines Verstoßes einer Partei gegen das Redlichkeitsgebot nicht warten muß und warten darf, bis sich der Gegner auf das arglistige Verhalten der Partei beruft, sondern den Verstoß berücksichtigen muß, sobald es davon durch eine der beiden Parteien Kenntnis erhält.

Es besteht im übrigen auch kein Grund, hier die Geltendmachung einer Einrede zu verlangen. Denn die Einredekonstruktion soll im allgemeinen dazu dienen, dem Einredeberechtigten die Wahlmöglichkeit zwischen einer Hinnahme oder einer Abwehr des gegnerischen Rechts offenzuhalten. Infolge der Natur des Redlichkeitsgebotes bzw. des Arglistverbotes ist aber eine Art Legalisierung des pflichtwidrigen Verhaltens durch Unterlassen der entsprechenden Einrede nicht denkbar. Durch ein eventuelles Einverständnis des nachteilig Betroffenen wird die Arglist oder Treuwidrigkeit des anderen Teils nicht beseitigt. [277] Eine Wahlmöglichkeit des vom Verstoß des Gegners Betroffenen kommt also hier nicht in Frage. Auch deshalb ist es also nicht gerechtfertigt, eine ausdrückliche Berufung des von der Pflichtverletzung Betroffenen auf die Arglist des Gegners zu verlangen. Verstöße gegen die Verpflichtung der Parteien zur redlichen Prozeßführung bzw. zur Unterlassung arglistigen prozessualen Verhaltens sind vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen, ohne daß sich die betroffene Partei auf den Verstoß selbst berufen müßte. [278] Die sich aus Gesetz oder unerlaubter Handlung ergebende Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen, eine Verpflichtung, die letztlich auf das Gebot der redlichen Prozeßführung zurückgeht, braucht also von der berechtigten Partei nicht ausdrücklich geltend gemacht zu werden.

---

275) Vgl. Soergel-Siebert § 242 Anm. 121 m.w.N.; Zeiss S. 139.

276) Vgl. Palandt § 242 Anm. 1 b; Soergel-Siebert § 242 Anm. 121.

277) Palandt § 242 Anm. 1 b. Das Redlichkeitsgebot bzw. das Arglistverbot lassen sich im Sinne des § 295 II ZPO als Vorschriften ansehen, auf deren Befolgung die betroffene Partei nicht wirksam verzichten kann.

278) Zeiss S. 138.

Anders ist es in den Fällen vertraglicher Verpflichtungen. Verstöße gegen derartige Verpflichtungen haben mit dem allgemeinen Redlichkeitsgebot nichts zu tun. Es handelt sich auch nicht um Fälle des "venire contra factum proprium", wie überwiegende Lehre und Rechtsprechung zur Begründung einer Arglisteinrede annehmen. [279] Die Fälle des widersprüchlichen Verhaltens im Sinne des "venire contra factum proprium" und die des Verstoßes gegen vertragliche Verpflichtungen müssen auseinandergehalten werden. [280]

Schon oben wurde darauf hingewiesen, daß vertragswidriges Verhalten nicht ohne weiteres gegen Treu und Glauben verstößt oder sittenwidrig ist. [281] Ein Rückgriff auf die Generalklausel ist deshalb bei Vorliegen einer vertraglichen Bindung in der Regel nicht gerechtfertigt. [282] Die Gewährung einer "exceptio pacti" im Sinne einer Berufung der berechtigten Partei auf die vertragliche Bindung ist der dogmatisch richtige und auch zu sachgerechten Ergebnissen führende Weg. [283] Prozessuale Verträge sind insoweit nicht anders zu behandeln als materiellrechtliche. Es besteht kein Grund, das Verlangen der Vertragserfüllung durch eine Berufung auf einen Verstoß des Gegners gegen das prozessuale Arglistverbot zu ersetzen.

Sogar die früher auch und gerade in den Fällen vertraglicher Vereinbarungen mit der allgemeinen Arglisteinrede arbeitende Rechtsprechung hat jetzt den Weg der "exceptio pacti", allerdings nicht ganz konsequent, eingeschlagen. Bei der Behandlung von Patentnichtigkeitsklagen hat der BGH im Fall einer zwischen den Parteien getroffenen Nichtangriffsabrede dem Berechtigten eine sog. "exceptio pacti" [284] bzw. "die prozessuale Einrede, daß der Rechtsmittelkläger mit der Verfolgung des Rechtsmittels vertragswidrig handele" [285] zugestanden. Auf die Generalklausel aber greift der BGH wieder zurück, wenn die Nichtangriffsabrede zwischen den Parteien nicht ausdrücklich getroffen wurde, sondern die Verpflich-

279) Vgl. die Nachweise oben S. 76 Fn. 265.

280) So mit Recht Zeiss S. 103, 106; Lindenmaier Anm. zu LM Nr. 9 zu § 13 PatG; Busse § 13 PatG Anm. 2 B b; Schönke-Kuchinke § 33 V 2.

281) Vgl. oben S. 77 f.

282) So auch Zeiss S. 104 ff.; Lindenmaier Anm. zu LM Nr. 9 zu § 13 PatG; Busse § 13 PatG Anm. 2 B b; Schlosser S. 54.

283) Dafür auch A. Blomeyer § 30 VIII 4 b; Rosenberg-Schwab § 65 VII 2; Zeiss S. 106 ff. und jetzt auch Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 42 Fn. 11; ders., AcP 169 (1969), 183 und AcP 169 (1969), 188. Früher (z.B. Prozeßhandlung S. 271) argumentierte Baumgärtel mit Treu und Glauben.

284) BGHZ 10, 22 (23) = BGH NJW 1953, 1260 = BGH JZ 1953, 667.

285) BGH NJW 1958, 1397 (1398).

tung sich nur aus den zwischen den Parteien bestehenden sonstigen vertraglichen Beziehungen sozusagen mittelbar ergibt, wenn sich nämlich aus Sinn und Zweck dieser vertraglichen Beziehungen schließen lasse, daß eine Nichtigkeitsklage als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheine. 286) In Wirklichkeit wird hier die Nichtangriffspflicht durch Auslegung des zwischen den Parteien bestehenden materiellrechtlichen Vertrages gewonnen. Deshalb wäre es auch hier richtig, nicht die Generalklausel heranzuziehen, sondern auch in diesem Fall die vertragliche Bindung entscheidend sein zu lassen. 287)

In den Fällen vertraglicher Verpflichtungsgrundlagen eine Einrede des Berechtigten, d.h. seine Berufung auf den Vertrag zu verlangen, ist auch deshalb gerechtfertigt, weil ihm im vertraglichen Bereich die Wahlmöglichkeit verbleiben muß, von seinem Recht Gebrauch zu machen oder nicht. Wie im materiellen Recht kann auch hier ein Vertragspartner das vertragswidrige Verhalten der anderen Seite durch Unterlassung der Einrede hinnehmen und auf diese Weise die Vertragswidrigkeit beseitigen. Eine solche Hinnahme ist rechtlich die schlüssige Annahme eines Angebots auf Vertragsaufhebung bzw. -modifizierung von Seiten des Gegners. 288)

Die Gegenmeinung verlangt auch in den Fällen des Verstoßes gegen vertragliche Verpflichtungen eine Berücksichtigung von Amts wegen. 289) Für eine Einrede bestehe auch in diesen Fällen kein Bedürfnis, und wenn man gegen die Wirksamkeit eines prozessualen Vertrages keine Bedenken habe, so müsse man ihm auch unmittelbare Wirkungen im Prozeß zusprechen. 290) Das Argument, daß dem Berechtigten die Möglichkeit bleiben müsse, durch rügelose Einlassung das vertragswidrige Verhalten hinzunehmen, sei nicht stichhaltig. Denn zum einen werde dem Berechtigten auch bei einer Berücksichtigung von Amts wegen in Wahrheit nichts aufgedrängt, weil er ja selbst am Zustandekommen des entsprechenden Vertrages beteiligt gewesen sei. 291) Außerdem bestehe ein Unterschied zwischen rügeloser Einlassung und Nichterhebung einer Einrede. 292)

286) BGH GRUR 1958, 177 (178); BGH NJW 1965, 491 (492).

287) So auch Zeiss S. 107 f.

288) Rosenberg-Schwab § 66 II 2; Neumann S. 45; Zeiss S. 138; ders. NJW 1967, 706 Fn. 47; für Rechtsmittelverzichtsvertrag und Klagezurücknahmevertrag auch Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 208, 265; für vertraglichen Ausschluß der Klagbarkeit auch Pohle, Festschrift für Lent S. 215.

289) Schlosser S. 52 ff.

290) Schlosser S. 54.

291) Schlosser S. 53. Dies sei ähnlich wie bei einer Stundungsvereinbarung. Zu deren Rechtsnatur vgl. Jahr JuS 1964, 296 f.

292) Schlosser S. 55 f.

Demgegenüber ist zunächst festzustellen, daß die Gleichbehandlung von prozeßrechtlichem Vertrag und Stundungsvereinbarung nicht gerechtfertigt ist. Zwar hat in beiden Fällen der Schuldner an der Schaffung des Tatbestandes, aus dem die Einrede hergeleitet wird, mitgewirkt. Für den prozessualen Vertrag folgt daraus aber keine "Sinnwidrigkeit" der Einredebefugnis. Die Zivilprozeßordnung selbst enthält eine solche Regelung für den Schiedsvertrag. § 274 I Nr. 3 ZPO gewährt der Partei die verzichtbare Einrede, daß der Rechtsstreit durch Schiedsrichter zu entscheiden sei. [293] An der Schaffung des dieser Einredebefugnis zugrundeliegenden Tatbestandes, dem Abschluß des Schiedsvertrages, hat jedoch auch gerade die einredebefugte Partei mitgewirkt. Die Einrede ist also im Bereich prozessualer Verträge nicht grundsätzlich entbehrlich. [294] Und es besteht auch keine Veranlassung, die für den Schiedsvertrag getroffene Regelung als nicht zu verallgemeinernden Sonderfall zu betrachten. Was das zweite Argument gegen die bloße Zubilligung einer Einredebefugnis und die Verweigerung der Amtsprüfung angeht, so ist es zwar richtig, daß Unterschiede zwischen Rügerecht bzw. Rügeobliegenheit und Einrede bestehen. Das zwingt jedoch nicht dazu, für prozessuale Verträge generell die Konstruktion der Einrede abzulehnen. Die Einrede ist im Gegenteil im allgemeinen die im Verhältnis zur Rüge bessere Lösung. Denn in der Regel steht eine vertragliche Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung nicht isoliert. Sie wird vielmehr in den meisten Fällen mit einer entsprechenden Gegenleistung der anderen Partei verbunden sein, etwa ebenfalls einer Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung oder auch einer materiellen Leistung. In solchen Fällen aber wird die Einrede den Parteiinteressen besser gerecht als eine Berücksichtigung von Amts wegen. Damit kann jede Partei besser auf das Verhalten der anderen reagieren. Sie bleibt in ihren Dispositionsmöglichkeiten freier. [295]

In einigen besonderen Fällen allerdings ist die Beachtung der Verpflichtung von Amts wegen der Berücksichtigung nur auf Einrede des Berechtigten hin vorzuziehen. Es sind dies die Fälle, in denen eine bloße Einrede nicht zum Ziel, d.h. zur Berücksichtigung der vertraglichen Verpflichtung führen kann.

Einreden sieht die Rechtsordnung nur in den Fällen vor, in denen der Berechtigte zumindest theoretisch in der Lage ist, sich auf sein Recht zu berufen. Im Prozeß ist das immer dann nicht der Fall, wenn der Berechtigte nicht die Möglichkeit hat, von dem Verstoß des Gegners gegen die Verpflichtung zu erfahren, bevor eine dieser Verpflichtung nicht entsprechende Verfahrenssituation entsteht.

---

293) Schlosser S. 91 f. hält dagegen eine "unmittelbare" Wirkung für möglich.

294) So auch Rosenberg-Schwab § 66 II 1 Fn. 2.

295) Schlosser S. 53 will dies nur in Ausnahmefällen gelten lassen.

Die Einrede ist z.B. keine brauchbare Lösung, wenn der Gegner sich nicht an die von ihm übernommene Verpflichtung hält, kein Versäumnisurteil zu beantragen. Die im Vertrauen auf die Einhaltung des Vertrages nicht erschienene Partei ist nicht in der Lage, sich vor Gericht auf den Vertrag zu berufen, um den Erlaß des Versäumnisurteils zu verhindern. Die Nichterhebung der Einrede erfolgt dann nicht als Annahme eines Angebots zur Aufhebung des ursprünglichen Vertrages. [296] Hier muß das Gericht die vertragliche Verpflichtung beachten, auch wenn es von ihr nur durch die erschienene vertragswidrig handelnde Partei erfährt. Das Gleiche gilt im Falle eines vertragswidrigen Rechtsmittelverzichts bzw. einer Rechtsmittelzurücknahme. Beide Parteihandlungen beenden den Rechtstreit, falls sie wirksam sind. [297] Die von der Vertragswidrigkeit betroffene Partei hätte dann keine Möglichkeit mehr, sich auf den Vertrag zu berufen, eben weil das Verfahren bereits beendet ist. Die Beendigung des Verfahrens durch den Eintritt der Rechtskraft tritt allerdings nur dann ein, wenn der Rechtsmittelverzicht bzw. die Rechtsmittelrücknahme wirksam vorgenommen waren. Diese Frage der Wirksamkeit muß das Gericht untersuchen. [298] Und zwar muß dies von Amts wegen geschehen. Wenn das Gericht, sei es auch von der vertragswidrig handelnden Partei, Kenntnis von einer vertraglichen Verpflichtung zur Unterlassung von Rechtsmittelverzicht oder Rechtsmittelzurücknahme erlangt, so hat es die vertragswidrige Parteihandlung wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen. [299] Die Rechtskraft kann dann nicht eintreten, das Verfahren ist noch nicht beendet.

In der Regel aber, nämlich dann, wenn die berechtigte Partei in der Lage ist, sich auf den Vertrag zu berufen und Rechte aus ihm herzuleiten oder aber sich bewußt mit der Vertragswidrigkeit abzufinden, erfolgt die Berücksichtigung des Vertrages nur auf eine entsprechende Einrede hin. Im Normalfall wird diese Lösung für die prozessualen Verpflichtungsverträge den Parteiinteressen gerecht.

2. Wirkung

Stellt sich nach der Amtsprüfung in den Fällen der Verpflichtung auf Grund gesetzlicher Bestimmungen oder nach der Prüfung auf Einrede hin in den Fällen

---

296) Vgl. auch Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 271 Fn. 526.

297) Siehe dazu Schlosser S. 94; Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 54 Fn. 58.

298) Schlosser S. 94; Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 54 Fn. 58 gegen BGHZ 20, 198 ff., 205 f. Der BGH zieht in dem genannten Urteil den Gedanken der Verwirkung heran. Vgl. dazu Zeiss S. 136 ff.

299) Für eine Amtsprüfung in diesem Fall auch Zeiss S. 139 f. A. A. Baumgärtel AcP 169 (1969), 183, allerdings ohne Begründung.

vertraglicher Verpflichtungen heraus, daß die Vornahme einer Parteihandlung im Widerspruch zu einer prozessualen Verpflichtung steht, so ist die betreffende Prozeßhandlung als unzulässig zurückzuweisen und vom Gericht nicht zu beachten. Wurde eine Parteihandlung pflichtwidrig unterlassen, so ist sie entsprechend zu unterstellen.

Auf diese Weise kann die Verpflichtung in einer den Parteiinteressen gerecht werdenden Weise auf einfachstem Wege in dem Verfahren, in dem sie eine Rolle spielt, durchgesetz werden.

§ 7 Erhebung einer besonderen Klage

I. Einführung

Solange zwischen den Parteien noch gar kein Prozeßverhältnis besteht, scheidet die Erhebung einer Einrede bzw. die Prüfung von Amts wegen durch das Gericht als Durchsetzungsmöglichkeit naturgemäß aus. Trotzdem kann der Berechtigte unter Umständen ein Interesse daran haben, den zukünftigen Prozeßgegner dazu zu zwingen, sich seiner Verpflichtung entsprechend zu verhalten. Auch wenn sog. selbständige prozessuale Förderungspflichten zu erfüllen sind, wie etwa die Pflicht zur Mitwirkung bei der Ernennung von Schiedsrichtern, scheidet eine innerprozessuale Durchsetzungsmöglichkeit aus.

Es fragt sich, ob zumindest in derartigen Fällen und eventuell sogar auch dann, wenn ein Hauptprozeß anhängig ist, prozessuale Verpflichtungen auch klageweise geltend gemacht werden können.

II. Klagbarkeit

Zweifelhaft kann zunächst die Klagbarkeit von Ansprüchen auf Erfüllung prozessualer Verpflichtungen sein. Es wird die Auffassung vertreten, daß generell aus prozeßrechtlichen Verpflichtungen, gesetzlichen wie vertraglichen, nicht geklagt werden könne. [300] Eine Unklagbarkeit läßt sich allerdings nicht ohne weiteres

300) Dölle S. 291, allerdings ohne nähere Begründung. Er beruft sich nur auf den besonderen Charakter prozessualer Pflichten.

aus der nicht-materiellrechtlichen Natur der Verpflichtungen schließen. Denn es ist anerkannt, daß grundsätzlich nicht nur aus bürgerlichrechtlichen, sondern auch aus öffentlichrechtlichen Verpflichtungen geklagt werden kann. [301]

Auf Gesetz beruhende prozessuale Verpflichtungen werden verschiedentlich für unklagbar gehalten, soweit vom Gesetz ausdrücklich innerprozessuale Sanktionen für die Erfüllung dieser Pflichten vorgesehen sind. [302] Baumgärtel [303] hält darüber hinaus generell Ansprüche aus gesetzlichen prozessualen Verpflichtungen für unklagbar, wenn eine innerprozessuale Reaktion auf Nicht- oder Schlechterfüllung möglich ist. Eine "außerprozessuale" Geltendmachung durch Parallelklage oder Widerklage sei dann ausgeschlossen.

In Wirklichkeit ist dies aber keine Frage der Klagbarkeit oder Unklagbarkeit, sondern ein Problem des Rechtsschutzbedürfnisses. [304] Aus der Möglichkeit innerprozessualer Sanktionen läßt sich nicht ohne weiteres folgern, daß andere Durchsetzungsmöglichkeiten von vornherein ausscheiden. Die gesetzliche Regelung bietet dafür keinen Anhaltspunkt. Der Hinweis auf das Beispiel der Regelung des § 429 ZPO, [305] der eine Klagemöglichkeit gegen Dritte gewährt, um die Vorlage einer Urkunde zu erzwingen, ist kein brauchbares Argument für die gegenteilige Auffassung. Aus der Vorschrift läßt sich nicht der Umkehrschluß ziehen, daß der gegen die andere Prozeßpartei gerichtete Vorlageanspruch unklagbar sei. Die Erwähnung der Klagemöglichkeit in § 429 ZPO ist im Grunde nur Ausdruck einer Selbstverständlichkeit. Denn der Dritte, in dessen Händen sich die Urkunde befindet, ist nicht Subjekt des Prozeßrechtsverhältnisses, kann folglich nur mit "außerprozessualen" Mitteln zur Vorlegung veranlaßt werden.

Mit der Bejahung der Klagbarkeit der Ansprüche aus gesetzlichen zivilprozessualen Verpflichtungen ist die Frage der Zulässigkeit einer entsprechenden Klage noch nicht entschieden. Ihr kann eventuell das Rechtsschutzbedürfnis fehlen, wenn eine innerprozessuale Sanktionsmöglichkeit vorhanden ist. Das ist im Einzelfall zu überprüfen.

---

301) Vgl. Bachof S. 211; Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 47 m.w.N.; Lerche S. 66 f.

302) Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 46; ders. AcP 169 (1969), 183 und AcP 169 (1969), 188; Thomas-Putzo § 422 Anm. 1, § 427 Anm. 2; Baumbach-Lauterbach § 422 Anm. 2; Zöller § 427.

303) Festschrift für Schima S. 46 f.

304) Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 43 meint dagegen, das Rechtsschutzbedürfnis dürfe nicht als Notlösung herangezogen werden.

305) Auf diese Regelung beruft sich Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 46.

Ansprüche auf Erfüllung vertraglicher zivilprozessualer Verpflichtungen hält Baumgärtel [306] infolge ihres Inhalts ganz allgemein für unklagbar. Er ist der Meinung, daß für die Erzwingung eines innerprozessualen Verhaltens mit Hilfe eines zweiten Verfahrens kein Raum sei, weil andernfalls ein anderes Gericht in die Urteilsfindung des Hauptprozesses eingeschaltet werde, was dem Rechtsschutzsystem völlig fremd sei. Bedenklich sei auch, daß sich bei Annahme der Klagbarkeit Unterschiede hinsichtlich der Rechtsmittel ergeben könnten. [307] Im Hauptprozeß würde eine Entscheidung über die Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung im Zuge der Entscheidung über die Zulässigkeit der erstrebten Parteihandlung als Zwischenentscheidung getroffen, die in der Regel gemäß §§ 303, 512 ZPO nicht selbständig anfechtbar ist. In einem Parallelprozeß aber würde die gleiche Entscheidung als anfechtbare Endentscheidung ergehen.

Die Bedenken bestehen teilweise sicher zu Recht. Tatsächlich könnte das Nebeneinanderlaufen von zwei verschiedenen Prozessen zu schwer lösbaren Problemen führen. Diese möglichen Schwierigkeiten berechtigen aber nicht dazu, vertraglichen zivilprozessualen Ansprüchen die Klagbarkeit abzusprechen. Das ergibt sich auch daraus, daß alle für die Unklagbarkeit vorgebrachten Argumente hinfällig werden, wenn es um die klageweise Durchsetzung vertraglicher prozessualer Verpflichtungen geht, sofern noch kein Hauptprozeß anhängig ist, wie etwa bei der in Musterprozeßvereinbarungen vorkommenden Zusage, innerhalb einer bestimmten Frist Klage zu erheben. Ein solcher Anspruch müßte jedenfalls klagbar sein, weil ja auf die Urteilsfindung eines anderen Gerichts dann nicht eingewirkt wird. Die Klagbarkeit eines Anspruchs kann aber nicht davon abhängig gemacht werden, ob bereits ein Hauptprozeß anhängig ist, in dem dieser Anspruch beurteilt wird, oder ob das nicht der Fall ist. Die Klagbarkeit bzw. Unklagbarkeit ist vielmehr dem Anspruch immanent [308] und hängt nicht von äußeren Umständen ab, wenn man von der Möglichkeit einer vertraglichen Beeinflussung einmal absieht.

Anders ist es mit dem Rechtsschutzbedürfnis. Diese Prozeßvoraussetzung hat eine deutliche Beziehung auch zu außerhalb des geltend gemachten Anspruchs liegenden Umständen. Infolgedessen läßt sich auch auf dem Weg über das Rechtsschutzbedürfnis eine Lösung für die unter Umständen bei der klageweisen Durchsetzung prozessualer Ansprüche auftretenden Probleme finden. Das Nebeneinanderlaufen von zwei Prozessen kann im allgemeinen dadurch verhindert werden, daß einer gesonderten Klage auf Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn sich die Verpflichtung in einem bereits anhän-

306) Festschrift für Schima S. 47 ff.

307) Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 48.

308) Vgl. dazu Rosenberg-Schwab § 93 III; Baumbach-Lauterbach Grundz 4 vor § 253; Stech S. 178; Lüke ZZP 76 (1963), 20.

gigen Prozeß, in dem sie von Bedeutung ist, auf andere Weise, etwa durch Erhebung einer Einrede, durchsetzen läßt. Interessant ist, daß Baumgärtel [309] für den Anspruch auf Widerruf einer ehrverletzenden Prozeßbehauptung die Klagbarkeit nicht ablehnt, obwohl auch hier über die Wahrheitsprüfung unter Umständen erheblich auf den Hauptprozeß eingewirkt wird. Da aber die Sachverhaltsfeststellung im Erstprozeß, in dem die ehrverletzende Behauptung aufgestellt wurde, gegen die Ehrverletzung nicht ausreichend schütze, müsse eine gesonderte Widerrufsklage möglich sein. Das zeigt, daß zumindest in diesem Fall mit dem Rechtsschutzbedürfnis und nicht mit der Klagbarkeit bzw. Unklagbarkeit gearbeitet wird.

III. Rechtsweg und Zuständigkeit

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich in der Frage, welcher Zweig der Gerichtsbarkeit in einem solchen Fall zuständig ist. [310] Wie oben ausgeführt, haben sämtliche Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen eine prozessuale Rechtsnatur. Damit sind alle sich aus derartigen Verpflichtungen ergebenden Streitigkeiten prozeßrechtliche Streitigkeiten. Für die Frage der Zuständigkeit eines Zweiges der Gerichtsbarkeit ist dann entscheidend, ob man das Zivilprozeßrecht als öffentliches Recht ansieht oder nicht. Handelt es sich um öffentliches Recht, so wären an sich nach der Generalklausel des § 40 I VwGO für die Entscheidung die Verwaltungsgerichte zuständig.

Das Zivilprozeßrecht regelt die staatliche Rechtspflege, d. h. die Tätigkeit der Rechtsprechungsorgane und das von ihnen und vor ihnen einzuhaltende Verfahren. [311] Das Gericht wird im Zivilprozeß durch seine Entscheidung, die eine für die beteiligten Parteien verbindliche Regelung eines konkreten Falles bildet, der sie sich zu unterwerfen haben, gegenüber den Rechtsunterworfenen hoheitlich tätig. Denn die Entscheidungsgewalt des Gerichts beruht gerade auf seiner Stellung als Hoheitsträger. Es handelt sich also um die Ausübung von Staatsgewalt. Daraus folgt, daß das Zivilprozeßrecht, zumindest soweit es die Tätigkeit des Gerichts regelt, öffentliches Recht ist. Das Gleiche gilt aber auch für die

309) Festschrift für Schima S. 54 ff.

310) Angesichts des Artikels 19 IV GG ist es richtiger, von der Zuständigkeit eines Zweiges der Gerichtsbarkeit zu sprechen als von der Eröffnung eines Rechtsweges. Vgl. dazu Naumann, Abgrenzung S. 228 ff.; ders., Kompetenz S. 7 f.

311) Rosenberg-Schwab § 1 VI; ebenso H. J. Hellwig, Systematik S. 48 f.

Normen, die das Verhältnis der Parteien zum Gericht als Hoheitsträger betreffen. Es handelt sich insofern nur um das Gegenstück zur hoheitlichen Betätigung des Gerichts. Das Zivilprozeßrecht als gegenüber dem materiellen Privatrecht eigenständiges Rechtsgebiet ist folglich ein Teil des öffentlichen Rechts. 312) Der Vorschlag, das Zivilprozeßrecht aus dem Zwang zur Einordnung in den Bereich des Privatrechts oder den des öffentlichen Rechts auszuklammern, 313) ist nicht annehmbar. Es besteht sehr wohl auch für den Bereich des Verfahrensrechts ein Bedürfnis, die Zuordnung zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht vorzunehmen. Denn, wie oben ausgeführt, ist eine Klage aus zivilprozeßrechtlichen Verhältnissen nicht von vornherein ausgeschlossen. Auch hier besteht also die Notwendigkeit, über den Rechtsweg zu entscheiden. 314)

Die Einordnung des Zivilprozeßrechts in den Bereich des öffentlichen Rechts scheint zur Folge zu haben, daß gemäß § 40 I VwGO für Klagen aus zivilprozeßrechtlichen Verpflichtungen die Verwaltungsgerichte zuständig sind. 315) Eine besondere Zuweisungsnorm, durch die Streitigkeiten aus zivilprozeßrechtlichen Verpflichtungen einem anderen Gerichtszweig zugewiesen würden, ist nicht vorhanden. Also bleibt es zunächst bei der Anwendung der Generalklausel. Damit entsteht insofern eine problematische Situation, als ein Verwaltungsgericht über rein zivilprozessuale Probleme zu entscheiden hätte, die in einem Verfahren vor einem ordentlichen Gericht ihre Bedeutung entfalten. Es entschiede also nicht nur ein anderes Gericht als das des Hauptprozesses, sondern sogar ein Gericht eines anderen Gerichtszweiges. Es erscheint auf jeden Fall sachgerechter, über Streitigkeiten aus zivilprozessualen Verpflichtungen die ordentlichen Gerichte entscheiden zu lassen. 316)

Weil der zur Zeit des Erlasses des GVG geltende Begriff der bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten i. S. des § 13 GVG durch § 40 I VwGO geändert worden,

---

312) So die ganz herrschende Meinung, allerdings mit unterschiedlicher Begründung. Vgl. H. J. Hellwig S. 47 ff. m. w. N.

313) Larenz § 1 I a.

314) Für den Bereich des materiellen Rechts folgert Larenz aus dieser Notwendigkeit das Bedürfnis für eine Entscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.

315) Ule § 5 III klammert das Prozeßrecht aus dem Bereich des öffentlichen Rechts "im engeren Sinne" aus. Nur für diesen Bereich gelte § 40 I VwGO. Eine Begründung fehlt.

316) So auch H. J. Hellwig, Systematik S. 126 unter Hinweis auf § 280 ZPO. Lerche S. 68 und Naumann, Abgrenzung S. 239 wollen dem Kläger die Wahl lassen, wenn eine eindeutige Abgrenzung nicht möglich ist.

d. h. die historische Zuständigkeit der Zivilgerichte abgeschafft worden ist, hat man versucht, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte damit zu begründen, daß man nicht die Rechtsnatur der prozeßrechtlichen Verpflichtung, sondern die Rechtsnatur des dieser Verpflichtung zugrundeliegenden materiellen Rechtsverhältnisses entscheidend sein läßt. 317) Denn ein prozeßrechtlicher Vertrag habe nur eine unselbständige Existenz und gestalte das materielle zugrundeliegende Rechtsverhältnis in prozeßrechtlicher Hinsicht. Im Grunde sei bei einem Streit über einen Prozeßvertrag auch das materielle Rechtsverhältnis im Streit. Die Zuständigkeit der Zivilgerichte wird also letztlich mit dem Sachzusammenhang von prozeßrechtlichem Vertrag und materiellem Rechtsverhältnis begründet. Die vorher so sorgfältig herausgearbeitete zivilprozessuale Rechtsnatur und Eigenständigkeit des prozeßrechtlichen Vertrages wird bei der Frage des Rechtsweges wieder beiseite geschoben, um das freilich wünschenswerte Ergebnis der Begründung der zivilgerichtlichen Zuständigkeit zu erzielen. Deshalb ist diese Argumentation unbefriedigend. Wenn eine rechtliche Selbständigkeit der prozessualen Verpflichtung besteht, so muß sie auch in der Frage des zuständigen Gerichtszweiges berücksichtigt werden. 318)

Es bietet sich jedoch ein anderer Lösungsweg an. Eine öffentlichrechtliche Streitigkeit i. S. des § 40 I VwGO liegt vor, wenn der Streitgegenstand in einer rechtlichen Beziehung besteht, die dem öffentlichen Recht angehört. Und die Abgrenzung zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht wird im allgemeinen auf der Grundlage der sog. Subjektionstheorie 319) vorgenommen. Das entscheidende Kriterium ist nach dieser Auffassung das Verhältnis der Über- und Unterordnung zwischen den Verpflichteten bzw. Berechtigten. Verschiedentlich ist diese Lehre als zu eng kritisiert worden, 320) vor allem,

317) H. J. Hellwig, Systematik S. 127; Schug S. 194. In der übrigen Literatur und der Rechtsprechung finden sich, soweit ersichtlich, zu dieser Frage keine Stellungnahmen. Da überwiegend die Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen als schuldrechtlich angesehen werden, gelangt man ggf. ohne weiteres zum Zivilrechtsweg. Meist begnügt man sich mit der generellen Ablehnung der Klagemöglichkeit.

318) Für eine möglichst weitgehende Aufspaltung in den vergleichbaren Fällen gemischt zivilrechtlich-verwaltungsrechtlicher Verträge vgl. Lerche S. 66 f. m. w. N.

319) Vgl. dazu Stein-Jonas-Pohle Vorb. II A 1 vor § 1; Baumbach-Lauterbach § 13 GVG Anm. 3; Eyermann-Fröhler § 40 RdNr. 3; BGHZ 14, 226 f. m. w. N.

320) Vgl. Redeker-von Oertzen § 40 Anm. 5; Rupp JuS 1961, 60; siehe auch Kottke S. 10 m. w. N.

weil sie nicht in der Lage sei, die Fälle des Verwaltungsvertrages zu erfassen. Diese Kritik ist nur insoweit berechtigt, als sie sich dagegen richtet, daß von der Subjektionstheorie rechtliche Beziehungen nur dann als öffentlichrechtlich angesehen werden, wenn zwischen den Beteiligten ein Subordinationsverhältnis im konkreten Fall besteht. Damit lassen sich tatsächlich die sog. koordinationsrechtlichen Verwaltungsverträge [321] nicht als öffentlichrechtlich qualifizieren. Das Kriterium der Subordination bleibt aber entscheidend, auch wenn man darauf abstellt, ob durch die jeweiligen Rechtssätze nur der Staat und andere Träger öffentlicher Gewalt bzw. ihre Organe oder jede juristische oder natürliche Person berechtigt und verpflichtet werden kann. [322] Denn auch dann ist letztlich entscheidend, ob der Einzelne den Hoheitsträgern als Gewaltunterworfener gegenübersteht, wenn diese die sie berechtigenden oder verpflichtenden Rechtssätze anwenden. Die öffentlichrechtlichen Rechtssätze berechtigen und verpflichten nämlich die Träger öffentlicher Gewalt gerade in ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger, d. h. als Inhaber hoheitlicher Gewalt gegenüber dem Einzelnen. Dabei ist für die Qualifizierung eines Verhältnisses als öffentlichrechtlich nicht erforderlich, daß im Einzelfall hoheitliche Gewalt ausgeübt wird. Entscheidend ist, daß sich die rechtliche Beziehung sozusagen vor einem subordinationsrechtlichen Hintergrund abspielt. [323] Das ist auch bei den koordinationsrechtlichen Verwaltungsverträgen der Fall. Denn auch bei einem Verwaltungsvertrag stehen die Parteien, sieht man von der Tatsache des Vertragsschlusses als solcher ab, in einem Über- und Unterordnungsverhältnis, was den Vertragsgegenstand angeht. [324]

Diese für den verwaltungsrechtlichen Vertrag entwickelten Grundsätze lassen sich auch für die Frage des Rechtsweges für Streitigkeiten aus zivilprozessualen Verpflichtungen nutzbar machen. Die zwischen den Parteien bestehenden Verpflichtungen zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen bewegen sich auf der Ebene der Koordination. Das im Rahmen des Prozeßrechtsverhältnisses ebenfalls bestehende Subordinationsverhältnis zwischen Parteien einerseits und Gericht andererseits spielt für die Verpflichtungen der Parteien untereinander keine Rolle, weder für vertragliche noch für außervertragliche Verpflichtungen. Die Rechte und Pflichten einer Partei gegenüber der anderen sind nicht Gegenstand eines Subordninationsverhältnisses, das auch nicht sozusagen hinter diesen Verpflich-

321) Vgl. dazu Lerche S. 77.

322) Dies tut die wohl herrschende Meinung. Vgl. Ule § 8 II; Wolff AöR 76 (1950/51), 208 f.

323) Vgl. dazu Kottke S. 14 ff.; OVG Lüneburg NJW 1957, 76 (77).

324) Auf ihn kommt es nach h. M. für die Abgrenzung zwischen verwaltungs- und privatrechtlichem Vertrag an. Vgl. Kottke S. 13 m. w. N.; Stein-Jonas-Pohle Vorb. II A 3 vor § 1 m. w. N.

tungen steht. Es handelt sich vielmehr um rein koordinationsrechtliche Beziehungen. Die in Frage kommenden Rechtssätze berechtigen bzw. verpflichten nicht den Staat oder einen anderen Träger hoheitlicher Gewalt bzw. dessen Organe vor dem Hintergrund eines Verhältnisses der Über- und Unterordnung. Die Parteien stehen sich im Zivilprozeß, soweit gegenseitige prozessuale Verpflichtungen in Frage stehen, vollkommen gleichberechtigt gegenüber, ihre rechtlichen Beziehungen bewegen sich auf der Ebene der Gleichordnung.

Infolgedessen ist für Streitigkeiten aus zivilprozessualen Verpflichtungen die Zuständigkeit der Zivilgerichte begründet, [325] obwohl das Zivilprozeßrecht als Ganzes infolge seiner Eigenschaft als Verfahrensrecht öffentliches Recht ist.

In der Frage der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten; es gelten die allgemeinen Vorschriften.

IV. Klageart und Zulässigkeit im übrigen

Nachdem Klagbarkeit und Rechtsweg für die Ansprüche auf Erfüllung zivilprozessualer Verpflichtungen geklärt wurden, ist noch zu untersuchen, welche Klagearten für eine Durchsetzung in Frage kommen, und ob die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

Die geeignete Klageart für die Erzwingung der Erfüllung einer prozeßrechtlichen Verpflichtung ist die Leistungsklage. Sie dient zwar im allgemeinen der Durchsetzung eines auf dem materiellen Privatrecht beruhenden Anspruchs auf Vornahme oder Unterlassung. Sie kann aber auch zur Verwirklichung eines prozessualen Anspruchs benutzt werden, [326] obwohl das Zivilprozeßrecht als Verfahrensrecht öffentliches Recht ist. Der Klagetyp der Leistungsklage ist nicht an eine bestimmte Qualifikation des begehrten Tuns oder Unterlassens gebunden.

---

325) So auch, allerdings mit anderer Begründung, H. J. Hellwig, Systematik S. 127 f.; Schug S. 194. Das OLG Bamberg DVBl 1967, 55 ist in einem Rechtsstreit, in dem es um die Verpflichtung zur Rücknahme einer verwaltungsgerichtlichen Klage ging, von der zivilgerichtlichen Zuständigkeit ausgegangen, nachdem es den zugrundeliegenden Vertrag als bürgerlichrechtlich angesehen hatte. Kritisch dazu Hillermeier DVBl 1967, 21 f. Ebenso für die Verpflichtung zur Zurücknahme eines Strafantrags OLG München MDR 1967, 223, ebenfalls ausgehend von einer bürgerlichrechtlichen Natur der Verpflichtung.

326) Vgl. Baumbach-Lauterbach Grundz 2 A vor § 253, § 271 Anm. 2 B; H. J. Hellwig, Systematik S. 127.

Falls das Verfahren bereits anhängig ist, in dem die prozessuale Verpflichtung von Bedeutung ist, kann der Zulässigkeit der gesonderten Leistungsklage evtl. die Rechtshängigkeit des Hauptprozesses entgegenstehen (vgl. § 263 II Nr. 1 ZPO).[327] Die Voraussetzung der Identität der Parteien ist erfüllt. Zweifelhaft ist jedoch, ob auch die Identität des Streitgegenstandes gegeben ist. Streitgegenstand ist im Falle einer Leistungsklage die Frage, ob das Gericht die im Antrag bezeichnete Rechtsfolge aussprechen kann, wobei der Sachverhalt zur Konkretisierung heranzuziehen ist.[328] Im Hauptprozeß ist folglich der Streitgegenstand in aller Regel eine materielle Leistungspflicht des Beklagten. Die der Durchführung dieses Hauptverfahrens dienenden Parteihandlungen werden vom Streitgegenstand nicht erfaßt und unterliegen auch nicht der Rechtskraft des ergehenden Urteils.[329] Anders ist es im Parallelverfahren, in dem die durch den Sachverhalt konkretisierte Rechtsfolgebehauptung sich auf die Verpflichtung zur Vornahme bzw. Unterlassung der Parteihandlung richtet. Hier wird die Parteihandlung als Streitgegenstand von der Rechtskraft des Urteils erfaßt. Auch bei einer Klage auf Widerruf einer ehrverletzenden Prozeßbehauptung ist diese Prozeßhandlung, und nicht das im Hauptprozeß auf diese Behauptung evtl. gestützte Klagebegehren, Streitgegenstand des Parallelprozesses.

Eine Identität des Streitgegenstandes liegt auch dann nicht vor, wenn im Hauptverfahren die prozessuale Verpflichtung mit Hilfe einer Einrede geltend gemacht und gleichzeitig gesondert eingeklagt wird.[330] Der Hinweis auf die vergleichbare Situation bei der Aufrechnung im Prozeß kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen, selbst wenn man annimmt, daß die Aufrechnungseinrede die zur Aufrechnung gestellte Forderung rechtshängig mache.[331] Denn die beiden Fälle sind in Wirklichkeit nicht vergleichbar,[332] jedenfalls nicht in allen denkbaren Variationen. Die Entscheidung, die auf die prozessuale Einrede hin über die zivilprozeßrechtliche Verpflichtung ergeht, wird nicht stets von der Rechtskraft des Urteils erfaßt. Im Fall eines Klage- oder Rechtsmittelzurücknahmeversprechens entfaltet zwar das abweisende Urteil, durch das Klage bzw. Rechtsmittel

---

327) Vgl. dazu Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 43 ff.

328) So die h. M. Vgl. A. Blomeyer § 40 III 2; Rosenberg-Schwab § 96 IV; Stein-Jonas-Pohle Einl. E III 1 b; Zöller Einl. IV 4 m. w. N.

329) Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 44.

330) A.A. Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 45.

331) Das wird angenommen von Bettermann S. 84 ff.; A. Blomeyer § 60 I 1 a; Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 45; Rosenberg-Schwab § 106 IV 1. A.A. Baumbach-Lauterbach § 145 Anm. 4 E; Stein-Jonas, 18. Aufl., § 145 Anm. VI 3 a; Thomas-Putzo § 145 Anm. II 5 c.

332) So auch Bettermann S. 84.

für zurückgenommen erklärt werden (Unterstellung der pflichtwidrig unterlassenen Parteihandlung), Rechtskraft für den Anspruch auf Zurücknahme. Anders ist es jedoch in allen übrigen Fällen, in denen mit der Entscheidung über die Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung der Parteihandlung nicht zugleich die Endentscheidung für den Prozeß gefällt wird. Eine Identität des Streitgegenstandes liegt also auch dann nicht vor.

Die Rechtshängigkeit des Hauptprozesses steht einer gesonderten Leistungsklage auf Erfüllung einer prozessualen Verpflichtung nicht entgegen.

Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist aber auch für die Leistungsklage das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses. [333] Fehlt es ausnahmsweise, so ist die Klage unzulässig. Die Sachurteilsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses ist bei Klagen aus zivilprozessualen Verpflichtungen deshalb besonders sorgfältig zu untersuchen, weil es naheliegt, die Geltendmachung der Verpflichtung im Hauptprozeß als jedenfalls einfacheren Weg der Durchsetzung anzusehen. Sofern der Hauptprozeß bereits anhängig ist, in dem die Verpflichtung von Bedeutung ist, würde eine gesonderte Erfüllungsklage tatsächlich einen im allgemeinen schwierigeren und kostspieligeren Umweg bedeuten, für den kein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Wie oben ausgeführt, kann nämlich die Vornahme bzw. Unterlassung der Parteihandlung bereits im Hauptverfahren durchgesetzt werden, das heißt die Wirkung der entsprechenden Verpflichtung kann herbeigeführt werden entweder aufgrund einer Berücksichtigung von Amts wegen oder infolge einer Geltendmachung durch die berechtigte Partei. Die Nichtbeachtung der pflichtwidrigen bzw. die Unterstellung der pflichtwidrig unterlassenen Parteihandlung durch das Gericht im anhängigen Hauptprozeß führt die berechtigte Partei einfacher und schneller zum gewünschten Ergebnis als die Erhebung einer gesonderten Leistungsklage und ggf. die Vollstreckung des Leistungsurteils.

Bei Anhängigkeit des Hauptprozesses ist also das Rechtsschutzbedürfnis für eine parallele Leistungsklage zu verneinen. Sie wäre unzulässig. [334]

---

333) Vgl. dazu Schönke S. 44 ff.; Rosenberg-Schwab § 93 IV 1 m.w.N.; Stephan S. 28 ff.

334) Zum gleichen Ergebnis gelangt die überwiegende Meinung, die allerdings nicht immer ausdrücklich mit dem Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses argumentiert. Vgl. Reichenheim S. 18 ff.; Geib S. 193; Niese, Diss. S. 89; Benkendorff S. 61; Herschel JW 1933, 2947; Baumgärtel, Prozeßhandlung S. 263; Kemmerzell S. 86; Kempf ZZP 73 (1960), 379; A. Blomeyer § 30 VIII 2, § 63 IV; Schröder JZ 1965, 310 f.; H.J. Hellwig, Systematik S. 127; Schlosser S. 81, 102; RGZ 102, 222. A.A. Walsmann

Falls aber kein Hauptprozeß anhängig ist, in dem die Verpflichtung durchgesetzt werden kann, oder falls eine solche Berücksichtigung im Hauptprozeß den Interessen des Berechtigten nicht gerecht wird, muß das Rechtsschutzinteresse für eine gesonderte Klage bejaht werden. Das gilt etwa für das Versprechen der Klageerhebung, die Erfüllung selbständiger prozessualer Förderungspflichten beim Schiedsvertrag oder für die Verpflichtung zum Widerruf ehrverletzender Prozeßbehauptungen. In diesem letzten Fall ist nämlich dem Verletzten nicht ausreichend damit gedient, daß im Hauptprozeß die ehrverletzende Prozeßbehauptung nicht beachtet wird. Denn damit bleibt die Ehrverletzung noch bestehen. Hier ist deshalb ein gesonderter Widerrufsanspruch zu bejahen, der ggf. durch eine entsprechende Klage verfolgt werden kann. [335]

Als weitere Klageart für die Durchsetzung zivilprozessualer Verpflichtungen kommt die Feststellungsklage in Betracht. Es ist anerkannt, daß das "Rechtsverhältnis" i. S. des § 256 ZPO auch prozeßrechtliche Natur haben kann. [336] Das Rechtsschutzinteresse ist hier als besondere Prozeßvoraussetzung in Gestalt des Feststellungsinteresses in die gesetzliche Regelung aufgenommen worden. Hinsichtlich des Rechtsschutzinteresses im allgemeinen kann auf die für die Leistungsklage gemachten Ausführungen verwiesen werden. Ist also das Rechtsschutzbedürfnis im konkreten Fall zu bejahen, weil dem Berechtigten keine einfachere Möglichkeit der Durchsetzung im Hauptprozeß zur Verfügung steht, so muß noch das Vorliegen des besonderen Feststellungsinteresses i. S. des § 256 ZPO untersucht werden. Ob ein solches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses besteht, kann nur im Einzelfall geprüft werden. Abgesehen von den Fällen der Verpflichtungen im Zusammenhang mit Schiedsverträgen wird das Feststellungsinteresse meist fehlen. [337]

Fortsetzung der Fn. 334) von S. 93:

S. 69; Barz S. 64 ff.; Baumbach-Lauterbach § 271 Anm. 2 B; Thomas-Putzo § 271 Anm. 1; OLG Bamberg DVBl 1967, 55; differenzierend Hillermeier DVBl 1967, 19 ff.

335) So auch Baumgärtel, Festschrift für Schima S. 54 ff. Auch in BGH NJW 1962, 243 = JZ 1962, 486 mit Anm. von Weitnauer und OLG Köln MDR 1965, 134 mit Anm. von Baumgärtel in MDR 1968, 921 wird von der Zulässigkeit einer derartigen Klage ausgegangen. Sie wird allerdings für unbegründet gehalten. Vgl. dazu oben S. 69 f.

336) Baumbach-Lauterbach § 256 Anm. 2 A; Gradhandt S. 61; H. J. Hellwig, Systematik S. 127 f.; Rosenberg-Schwab § 94 II 1 b; Schiedermair S. 161 f.; Stein-Jonas-Schumann-Leipold Vorb. II 2 b vor § 253; Zöller § 256 Anm. II 1; BGHZ 29, 230. A. A. Neuner S. 117.

337) H. J. Hellwig, Systematik S. 128; Schiedermair S. 162 f.

V. Vollstreckung

Ergeht auf eine entsprechende Klage des Berechtigten ein Leistungsurteil, durch das der Beklagte zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung verurteilt wird, so stellt sich die Frage nach der Möglichkeit der Vollstreckung eines solchen Urteils.

Die Vorschrift des § 887 I ZPO gilt für die Vollstreckung vertretbarer Handlungen. Die Bestimmung wäre also anwendbar, wenn die Parteihandlung, zu deren Vornahme der Verpflichtete verurteilt worden ist, nicht ausschließlich von seinem Willen abhinge, sondern auch von einem Dritten vorgenommen werden könnte. Das ist aber nicht der Fall. Eine Handlung läßt sich nur dann als Parteiprozeßhandlung qualifizieren, wenn sie von einer der am Prozeßrechtsverhältnis beteiligten Personen bzw. nach entsprechender Vollmachtserteilung von deren Vertreter vorgenommen wird. Von einer dritten, nicht am Prozeßrechtsverhältnis beteiligten Person kann eine Parteihandlung ihrer Definition nach nicht vorgenommen werden. Die Tatsache, daß im Prozeß die Parteihandlungen überwiegend von den Anwälten als Vertretern von Parteien vorgenommen werden, kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Sie handeln auf Grund vorher erteilter Vollmacht als Vertreter der Parteien. Diese Vollmachterteilung kann nicht etwa durch die Ermächtigung des Gerichts i. S. des § 887 ZPO ersetzt werden, weil sie gerade Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist. [338] § 887 ZPO kann also nicht angewandt werden.

Wird der Schuldner zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung verurteilt, so richtet sich die Vollstreckung nach § 888 ZPO. Für Unterlassungen gilt § 890 ZPO. Weil Parteihandlungen nur von der jeweiligen Prozeßpartei vorgenommen werden können, bieten § 888 bzw. § 890 ZPO grundsätzlich die geeignete Vollstreckungsmöglichkeit für Leistungsurteile, in denen der Beklagte zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung verurteilt wird. [339]

In Betracht kommt aber auch die Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO, wonach eine geschuldete Willenserklärung mit Rechtskraft des entsprechenden Leistungsurteils als abgegeben gilt. Die Willenserklärung ist eine besondere Form des

---

338) So mit Recht Kipp S. 97 ff. (100) und Barz S. 25 gegen OLG Kassel ZZP 15 (1891), 526, das eine Verpflichtung zur Klageerhebung über § 773 CPO (entspricht § 887 ZPO) vollstrecken wollte.

339) So auch Kipp S. 97 f.; Barz S. 25 f., 72; Schiedermair S. 179 ff. für den Abschluß eines Prozeßvergleichs; Zöller § 888 Anm. 1 für Klageerhebung und -durchführung und Widerruf von Behauptungen; RGZ 42, 63 für die Zurücknahme eines Strafantrags.

Handelns einer Person, und folglich ist § 894 ZPO im Verhältnis zu § 888 ZPO die speziellere Vorschrift.

Zweifelhaft ist allerdings, ob § 894 ZPO auch Parteihandlungen erfassen kann, d.h. ob Parteihandlungen als "Willenserklärungen" i.S. dieser Vorschrift anzusehen sind. Der Zweck der Bestimmung spricht für eine möglichst weite Auslegung. [340] Ihre Anwendung ermöglicht eine sehr einfache und schnell durchzuführende Vollstreckung des Urteils, die im Interesse aller Beteiligten liegt. Der Gläubiger kann das Urteil schnell verwerten, und der Schuldner wird durch die Vollstreckung überhaupt nicht belästigt. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, die Anwendung des § 894 ZPO nur auf die Verurteilung zur Abgabe von materiell-privatrechtlichen Willenserklärungen zu beschränken. [341] Die Vorschrift gilt vielmehr auch für Willenserklärungen öffentlichrechtlicher Natur und für gegenüber Behörden abzugebende Willenserklärungen. Bedenken gegen die Anwendung auf die Fälle von Verurteilung zur Vornahme von Parteihandlungen können nur insofern bestehen, als Parteihandlungen nicht immer reine Willenserklärungen sind, sondern häufig auch Elemente tatsächlichen Handelns enthalten. Zu denken ist zum Beispiel an die Klageerhebung, die nach § 253 I, V ZPO durch Einreichung einer Klageschrift bei Gericht erfolgt, sieht man von der Möglichkeit mündlicher Klageerhebung gemäß § 500 ZPO einmal ab. Das rechtfertigt es jedoch nicht, die Anwendbarkeit des § 894 ZPO auf Parteihandlungen abzulehnen. Was die Tätigkeit des Verpflichteten bei der Vornahme einer Parteihandlung angeht, so ist die Willenserklärung in den meisten Fällen das wesentliche Element. [342] Das gilt auch für die Klageerhebung, deren Wirkungen zwar erst mit der Zustellung der Klageschrift eintreten (§ 253 I ZPO), die nicht von der klagenden Partei vorgenommen wird. Stellt man aber darauf ab, worin das Handeln der Partei besteht, die den Prozeß in Gang setzen will, so ist die Einreichung der Klageschrift, die das Begehren der Partei enthält, das entscheidende Element. Der wesentliche Teil der Klageerhebung ist also die Willenserklärung, nämlich das Gesuch um Rechtsschutzgewährung. Die neben der eigentlichen Willenserklärung der Partei in der Klageerhebung enthaltenen Elemente betreffen nur deren Form und die Frage des Zugangs, d.h. des Wirksamwerdens der Erklärung.

---

340) So auch Benkendorff S. 63, 65; Matzke S. 40.

341) So mit Recht Walsmann S. 70; Benkendorff S. 64 ff.; Matzke S. 39; Schiedermair S. 179; Kemmerzell S. 86; Rosenberg § 208 III 2 a; Baumbach-Lauterbach § 894 Anm. 1 A; Thomas-Putzo § 894 Anm. 2 b. A.A. Bülow AcP 64 (1881), 79 f. Fn. 48; Barz S. 24; Wieczorek § 271 Anm. B V, § 894 Anm. A II b 1; RGZ 42, 63.

342) Zur Definition der Parteihandlung vgl. oben S. 7.

Ein Leistungsurteil, das eine Verurteilung zur Vornahme einer Parteihandlung enthält, ist deshalb immer nach § 894 ZPO zu vollstrecken, wenn die geschuldete Parteihandlung im wesentlichen eine Willenserklärung darstellt, [343] d. h. wenn die Elemente tatsächlichen Handelns nur eine untergeordnete Rolle spielen. Das ist von Fall zu Fall zu beurteilen. Die Parteihandlung der Vorlage von Urkunden nach §§ 422, 423 ZPO z. B. enthält keine Elemente einer Willenserklärung; hier scheidet eine Vollstreckung nach § 894 ZPO aus.

In den Fällen der Vollstreckung nach § 894 ZPO wird eine evtl. von der Prozeßordnung für die Wirksamkeit einer Parteihandlung vorgeschriebene Form durch § 894 ZPO selbst ersetzt.

Ist § 894 ZPO nicht anwendbar, so bleibt es bei der Anwendung der allgemeineren Vorschrift des § 888 ZPO, bzw. des § 890 ZPO für die Vollstreckung einer Unterlassungsverpflichtung.

343) So auch Walsmann S. 70; Benkendorff S. 61 ff. (65); Herschel JW 1933, 2947; Matzke S. 41; Stein-Jonas, 18. Aufl., § 894 Anm. I 2 für die Zurücknahme eines Strafantrags; Kemmerzell S. 86; Rosenberg § 127 I 1 e, § 208 III 2 a; Baumbach-Lauterbach § 894 Anm. 1 B; Thomas-Putzo § 271 Anm. 1, § 894 Anm. 2 b; RGZ 133, 133. A.A. Bülow AcP 64 (1881), 79 f. Fn. 48; RGZ 42, 63 für Strafantrag; Barz S. 24 f., 72; Schiedermair S. 180; Wieczorek § 271 Anm. B V, § 514 Anm. B III b 5, § 894 Anm. A II b 1.

ZUSAMMENFASSUNG

Kurz zusammengefaßt läßt sich als Ergebnis der Untersuchung Folgendes feststellen:

Im Zivilprozeß sind Verpflichtungen der Parteien zur Vornahme oder Unterlassung von Parteihandlungen grundsätzlich möglich. Im wesentlichen lassen sich nach den Verpflichtungsgrundlagen drei verschiedene Fallgruppen unterscheiden. Die umfangreichste und bedeutendste Gruppe ist die der vertraglichen Verpflichtungen der Parteien. Verträge, durch die sich eine Partei der anderen gegenüber zur Vornahme oder Unterlassung bestimmter Parteihandlungen verpflichtet, haben infolge der von den Vertragspartnern mit dem Vertragsschluß angestrebten Hauptwirkungen eine zivilprozessuale Rechtsnatur. Sie sind im Bereich des dispositiven Zivilprozeßrechts zulässig, soweit nicht im Einzelfall besondere Bestimmungen der Zivilprozeßordnung oder allgemeine Grundsätze des Zivilprozesses entgegenstehen. Die zivilprozessualen Verpflichtungsverträge unterstehen hinsichtlich ihrer rechtlichen Behandlung entsprechend ihrer Rechtsnatur dem Zivilprozeßrecht. Da dieses aber nur sehr unvollständige Regelungen für diesen Bereich enthält, sind ergänzend allgemeine Rechtsgrundsätze heranzuziehen, die vor allem im bürgerlichen Recht zum Ausdruck gekommen sind. In geringerem Umfang sind Verpflichtungen der Parteien auch unmittelbar auf der Grundlage von Bestimmungen der Zivilprozeßordnung möglich. Diese Vorschriften, die im allgemeinen gesetzliche Ausprägungen des allgemeinen Gebots zur redlichen Prozeßführung bzw. des Verbots arglistigen Verhaltens im Prozeß sind, können die Parteien in einer bestimmten prozessualen Situation zur Vornahme oder Unterlassung einer Parteihandlung verpflichten. Auch diese gesetzlichen Verpflichtungen haben zivilprozessuale Rechtsnatur. Sie werden in der Regel durch eine Prozeßhandlung der berechtigten Partei ausgelöst. Die dritte Fallgruppe umfaßt die Verpflichtungen, die auf der Grundlage unerlaubter Handlungen der Partei entstehen. Der geschädigten Partei steht in diesen Fällen ein Schadensersatzanspruch zu, der auf die Wiederherstellung des früheren Zustandes und damit auf die Vornahme bzw. Unterlassung einer Parteihandlung gerichtet ist.

Die zivilprozessualen Verpflichtungen sind im allgemeinen innerhalb des Prozesses durchzusetzen, für den sie eine Rolle spielen. Beruht die Verpflichtung auf einem Vertrag der Parteien, so geschieht dies durch die Erhebung einer Einrede durch die berechtigte Partei. Diese Einrede hat prozessuale Wirkung. In den Fällen auf Bestimmungen der Zivilprozeßordnung oder unerlaubter Handlung beruhender Verpflichtungen ist eine Einrede nicht erforderlich. Die Verpflichtungen werden vielmehr von Amts wegen beachtet. Das Gleiche gilt im

Bereich vertraglicher Verpflichtungen, wenn der berechtigten Partei die Erhebung einer Einrede infolge besonderer Umstände unmöglich ist. Die Folge ist in beiden Fällen, daß eine unter Verstoß gegen die Verpflichtung vorgenommene bzw. unterlassene Parteihandlung vom Gericht als unzulässig behandelt bzw. als vorgenommen unterstellt wird. Die Erhebung einer besonderen Klage in einem anderen Verfahren ist nur in Ausnahmefällen möglich. Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht für entsprechende Leistungs- oder Feststellungsklagen nur dann, wenn entweder kein Hauptprozeß anhängig ist, in dem die Verpflichtung geltend gemacht werden kann, oder wenn es um die Erfüllung selbständiger prozessualer Förderungspflichten oder den Widerruf ehrverletzender Prozeßbehauptungen geht. Für derartige Klagen sind die Zivilgerichte zuständig. Ergehende Leistungsurteile sind im allgemeinen nach § 894 ZPO, in einigen Fällen nach § 888 ZPO zu vollstrecken.